Г 265/198

Л. Рудневъ.

1896

# О ДУХОВНЫХЪ ЗАВѢЩАНІЯХЪ

ПО

# РУССКОМУ ГРАЖДАНСКОМУ

# ПРАВУ

ВЪ ИСТОРИЧЕСКОМЪ РАЗВИТІИ.

ПУБЛ. БИБЛ. имени В. И. ЛЕНИНА С. С. С. Р.
Ф.29-3875

КІЕВЪ.
Типографія Императорскаго Университета Св. Владиміра.
В. І. Завадзкаго, Б.-Васильковская, д. № 29—31.
1895.

Оттискъ изъ „Университетскихъ Извѣстій“ за 1895 г.
Печатано по опредѣленію Совѣта Императорскаго Университета Св. Владиміра.

2007231756

# ОГЛАВЛЕНІЕ.

## ВВЕДЕНІЕ.


стр.

Постановка вопроса и краткое обозрѣніе его литературы . . 1—11

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

**Духовныя завѣщанія по обычному праву** . . . . . 11—95

§ 1. „Рядъ“ . . . . . 11—40

1. Рядъ отца передаетъ наслѣдство . . . . . 12

2. Рядъ матери—дареніе на случай смерти. . . . . 16

3. Сущность наслѣдованія по ряду. . . . . 17

а) Выборъ наслѣдника. . . . . 18

б) Правоспособность къ ряду . . . . . 21

в) Семейная собственность . . . . . 24

г) Необходимые наслѣдники . . . . . 27

α) Причины разнорѣчія . . . . . 29

β) Процессъ образованія обычнаго права. . . . . 30

γ) Санкція обычнаго права. . . . . 32

δ) Вліяніе ея на характеръ обычнаго права . . . . —

ε) Характеръ обычнаго права . . . . . 33

д) Произвольность ряда. . . . . 34

е) Правоспособность наслѣдника по ряду . . . . . —

4. Древность ряда . . . . . 34

5. Содержаніе ряда, главное . . . . . 35

6. Неглавное содержаніе ряда. . . . . 36

а) Выдѣлъ женѣ . . . . . —

б) Часть „по души“ . . . . . 37

в) Отпускъ на волю. . . . . 38

7. Форма ряда . . . . . 38

Выводы . . . . . 39

стр.

§ 2. „Обряженье“ и „Рукописанье“ . . . . . 40—51
1) Обряженье . . . . . 40
2) Рукописанье. . . . . 46

§ 3. „Духовная“. . . . . 51—65
1) Форма духовной . . . . . 52
2) Лица завѣщающія. . . . . 54
3) Главное содержаніе духовной. . . . . 55
4) Неглавное содержаніе духовной . . . . . —
а) „прикащики“ . . . . . —
б) субституція . . . . . 57
5) Содержаніе княжескихъ духовныхъ . . . . . 59
6) „Духовная“ и „Рядъ“ . . . . . 61
7) Перечисленіе долговъ и требованій . . . . . —

§ 4. „Порядная“. . . . . 65—74
1) Приказники . . . . . 66
2) Наслѣдство по порядной . . . . . 67
3) Характеръ порядной. . . . . 70
4) „Порядная“ и „Духовная“ . . . . . 71
5) Дареніе на случай смерти . . . . . 72
6) Форма и явка. . . . . 75

§ 5. Выводы. . . . . 74—85
1) Историческое развитіе завѣщаній въ періодѣ обычая до царскихъ судебниковъ. . . . . 76
2) Византійское вліяніе и значеніе древняго завѣщанія. . . 80
3) Литовско-русское завѣщаніе. . . . . 83

§ 6. Дальнѣйшее развитіе завѣщаній по обычаю . . 85—95
Духовное завѣщаніе по современному русскому обычному праву 88
а) Совершеніе . . . . . 88
б) Лица завѣщающія. . . . . 89
в) Содержаніе завѣщанія вообще . . . . . 90
α) Неглавная часть содержанія . . . . . 91
β) Главная часть содержанія . . . . . 92
г) Свидѣтельствованіе, храненіе, измѣненіе, исполненіе, споры 94

## ГЛАВА ВТОРАЯ.

Духовныя завѣщанія по закону . . . . . 96—182
§ 7. Завѣщанія въ XVI и XVII вѣкахъ . . . . . 96—109

стр.

1) Формы завѣщанія . . . . . 96
2) Содержаніе завѣщанія . . . . . 99
Выводъ . . . . . 108

§ 8. Сущность завѣщанія XVIII вѣка . . . . . 110—123
1) Главное содержаніе завѣщанія . . . . . 110
2) Побочныя части содержанія . . . . . 116
3) Ограниченія по лицамъ завѣщаемымъ . . . . . 117
4) Ограниченія по вещамъ завѣщаемымъ . . . . . 119
5) Ограниченія по лицамъ наслѣдующимъ . . . . . 121
6) Назначеніе имущества по завѣщанію . . . . . 122
Выводы . . . . . 123

§ 9. Формы и порядки завѣщанія въ XVIII и XIX вв. 123
1) Словесное завѣщаніе . . . . . 124
2) Письменное завѣщаніе . . . . . 124
а) Крѣпостное . . . . . 125
б) Нотаріальное . . . . . 128
в) Домашнее . . . . . 129
α) бумага . . . . . —
β) языкъ . . . . . 130
γ) приступъ и порядокъ изложенія . . . . . —
δ) подписи . . . . . 131
ε) количество свидѣтелей . . . . . 134
ζ) качество свидѣтелей . . . . . 135
Выводъ . . . . . 136

§ 10. (Продолженіе) . . . . . 1 7
1) Храненіе . . . . . 137
2) Отмѣна и измѣненіе . . . . . 138
3) Явка . . . . . —
4) Исполненіе . . . . . 144
5) Особенныя завѣщанія . . . . . 145
а) морское . . . . . —
б) вдовье . . . . . 146
в) карантинное . . . . . —
г) госпитальное . . . . . —
д) крестьянское . . . . . 147
е) походное . . . . . —
ж) заграничное . . . . . —
з) членовъ Императорской фамиліи . . . . . —

стр.

Историческое развитіе формъ и порядковъ завѣщанія въ законодательномъ періодѣ . . . . . 147

§ 11. Завѣщательныя правоспособности по положенію и дѣйствующему праву. . . . . 149—160

1) Лица завѣщающія . . . . . 149

а) здравый умъ и твердая память . . . . . 150

б) самоубійцы. . . . . 152

в) женщины . . . . . 154

г) монахи. . . . . —

д) несостоятельный. . . . . —

е) „право отчуждать имущество“. . . . . 155

ж) несовершеннолѣтніе . . . . . 156

з) арестованные. . . . . 157

2) Лица, въ пользу которыхъ можно завѣщать . . . . . 157

Выводъ . . . . . 159

§ 12. Содержаніе завѣщанія по положенію и дѣйствующему праву . . . . . 160—171

1) Имущества завѣщаемыя . . . . . —

2) Душеприкащики. . . . . 162

3) Опекуны въ завѣщаніи. . . . . 164

4) Отпускъ на волю. . . . . —

5) Размѣры завѣщаемыхъ правъ . . . . . 165

§ 13. Понятіе завѣщанія по дѣйствующему праву 171—182

1) Права наслѣдника по завѣщанію . . . . . 171

2) Наслѣдникъ и легаторъ. . . . . 170

Ст. 991 ч. 2 . . . . . 180

Историческое развитіе сущности завѣщанія въ законодательномъ періодѣ . . . . . 181

Смѣшеніе завѣщанія съ дареніемъ . . . . . —

# ВВЕДЕНІЕ.

## (ПОСТАНОВКА ВОПРОСА И КРАТКОЕ ОБОЗРѢНІЕ ЕГО ЛИТЕРАТУРЫ).

Правовыя идеи и понятія, объемлемыя нынѣшнимъ составнымъ терминомъ „духовное завѣщаніе“ и прежними—ему соотвѣтственными, подлежатъ изученію здѣсь лишь въ предѣлахъ заглавія. На этомъ основаніи, будетъ сгруппировано только то изъ нихъ, что относится къ гражданскому праву—*матеріальному*, а не къ гражданскому *процессу*. Нотаріальныхъ обязанностей мѣстъ и лицъ прійдется коснуться настолько, насколько будетъ нужно для уразумѣнія смысла русскаго духовнаго завѣщанія, какъ по праву законодательному, такъ и по обычному праву, которое и теперь въ отношеніи завѣщаній примѣняется [1]) огромнымъ большинствомъ русскихъ судовъ.

Наряду съ процессуальной стороной вопроса будутъ опущены нѣкоторыя матеріальныя частности, принадлежащія не гражданскому, а международному и государственному праву. Поэтому, во 1-хъ, права иностранцевъ дѣлать завѣщанія, быть наслѣдниками по завѣщанію

[1]) Св. З. X т. ч. 1 ст. 1015 (т. IX Ос. Прил. I ст. 91 прим.); ср. т. IX З. С. ст. 736; Ос. Пр.: I ст. 38; II ст. 166; IV ст. 110; XX ст. 81; и др. (см. *Гожевъ* и *Цвѣтковъ*—„Сборникъ гражд. законовъ“, изд. Редакціонной Комиссіей, № 99, стр. 22—24).

и пріобрѣтать этимъ путемъ имущества на русской территоріи [1]), и остальное, въ чемъ затрогивается международная сила національнаго права, гдѣ могутъ столкнуться разномѣстные законы,—все это причисляется къ частному международному праву [2]). Во 2-хъ, духовныя завѣщанія членовъ Императорской фамиліи болѣе составляютъ предметъ государственнаго права [3]); но такъ какъ эти завѣщанія признаются все-таки частноправнымъ установленіемъ [4]), то нужно воспользоваться ими, поскольку это окажется пригоднымъ.

Затѣмъ, въ *русскомъ* гражданскомъ правѣ позволительно видѣть право центральной русской территоріи [5]), т. е. право, нынѣ нормируемое, хотя и не исключительно, 1 ч. X т. Св. Законовъ. Существующіе мѣстные кодексы для польскихъ, остзейскихъ губерній и другіе не суть національно русскіе и потому не подходятъ подъ понятіе русскаго права; но, какъ справедливо замѣчаетъ пр. Дювернуа: „принимая за основу изученія именно русское гражданское право и оставляя въ сторонѣ остзейскіе и другіе партикуляризмы, мы изучаемъ не русское только право, какъ особое, тоже какъ-бы партикулярное, постороннее для какихъ-либо частей имперіи право, а русское право, какъ систему права общаго для имперіи“ [6]). Такимъ образомъ, ознакомившись съ духовнымъ завѣщаніемъ по праву центральной русской территоріи, мы найдемъ идею настоящаго русскаго духовнаго завѣщанія. Впрочемъ, разсматривая предметъ исторически, нельзя для начальной эпохи точно отмежевать центральную русскую территорію: въ началѣ Литовско-Русское государство, которое уже нельзя считать центрально-русскимъ, еще не обособилось изъ общерусской массы территоріи и населенія; его древнѣйшее право вообще сходно съ пра-

---

[1]) См. статьи *Мыша* въ Ж. Гр. и Уг. Пр.: 87 г. Окт. („Право наслѣдованія послѣ иностранцевъ въ Россіи“) и 91 г., Іюль („Новое направленіе русскаго законодательства объ иностранцахъ“); по поводу первой статьи см. *Барковскаго* („Къ вопросу о правѣ наслѣдованія послѣ иностранцевъ въ Россіи“) въ Ж. Гр. и Уг. Пр. 88 г. Январь.

[2]) *Мартенсъ*—„Соврем. межд. право“, т. II, стр. 321 и сл.; *Гефштеръ*—„Междунар. право“, стр. 123, 127 (вообще 116—133).

[3]) *Романовичъ-Славатинскій* — „Система русскаго государственнаго права“ т. I, стр. 293—294.

[4]) *Градовскій*—„Начала русскаго государствен. права“ т. I, стр. 186.

[5]) *Дювернуа*—Конспектъ лекцій по гражданск. праву, стр. 195.

[6]) *Тамъ-же*—Общ. часть, II стр. 12.

вомъ прочихъ русскихъ земель. Въ виду этого необходимо показать, насколько и когда общи были всей Россіи понятія духовныхъ завѣщаній или по крайней мѣрѣ опредѣлить то время, съ котораго начинаютъ формироваться особенности литовско-русскаго завѣщанія.

Наконецъ, что касается изученія *въ историческомъ развитіи*, то подъ этимъ не подразумѣвается историко-*сравнительное* изслѣдованіе вопроса. Конечно, только историко-сравнительный методъ, нужно сознаться, даетъ дѣйствительное объясненіе правовыхъ явленій, такъ какъ открываетъ причины прогрессивнаго измѣненія права, насколько причинная связь явленій можетъ быть вообще познана въ жизни общества [1]). Поэтому, не примѣняя здѣсь историко-сравнительнаго метода, намъ приходится напередъ отказаться отъ нахожденія причинъ историческихъ измѣненій духовныхъ завѣщаній, а даваемыя объясненія ихъ считать не болѣе чѣмъ предположеніями. Впрочемъ, и простое сопоставленіе измѣненій даннаго института права въ исторіи служитъ весьма важнымъ подспорьемъ для его пониманія. Имѣя въ виду духовныя завѣщанія, выразимся энергичными словами г-жи *Ефименко*: „нужно-ли доказывать, что только знакомство съ явленіемъ въ процессѣ его развитія можетъ дать о немъ настоящее понятіе?“ [2]).

При самомъ историческомъ изученіи духовныхъ завѣщаній слѣдуетъ не забывать, что право не совпадаетъ съ тѣми „замѣтками о правѣ“ (Іерингъ), которыя остались отъ отдаленныхъ вѣковъ господства обычая, и что сами законодательныя постановленія могутъ говорить по буквальному смыслу одно, а по мысли, вложенной въ нихъ законодателемъ,—другое. Найти съ надлежащею осмотрительностью въ каждомъ данномъ случаѣ подлинный элементъ права — составляетъ задачу изучающаго. Тутъ своего рода „спектральный анализъ“: по часто немногимъ, мало примѣтнымъ, правовымъ фраунгоферовымъ линіямъ (въ видѣ статей сборниковъ обычаевъ, законоположеній) нужно отгадать скрытую догму права, которая узнается только по нимъ, нужно отыскать основной принципъ догмы, сопоставить его съ другими и въ возможной цѣлостности дать понятіе о разсматриваемомъ институтѣ, въ настоящемъ случаѣ—о духовныхъ завѣщаніяхъ.

---

[1]) См. *Сергьевича*—„Задача и метода государственныхъ наукъ“, стр. 182—215.

[2]) *Ал. Ефименко*—Обычное право, стр. 383.

Историческій методъ теперь всесторонне разсмотрѣнъ и въ русскихъ сочиненіяхъ; здѣсь говорить о немъ не представляется нужды; самое изложеніе должно лишній разъ подтвердить его плодотворность. Изъ русскихъ сочиненій, сверхъ энциклопедическихъ, историческій методъ обсуждается у проф. *Сергѣевича* („Задача и метода госуд. наукъ", 148—176) и пр. *Муромцева* („Очерки общей теоріи гражд. права" ч. I, особенно на стр. 105, 106, 108, 181, 182, 226, 227 и выводы о поправкахъ *Іеринга* 238, 239).

*Литература.*—О духовныхъ завѣщаніяхъ написано въ русской литературѣ довольно много. Кромѣ *Неволина* („Ист. Россійск. Гражд. Зак." т. III и отчасти II), въ общихъ курсахъ исторіи права профессоровъ *Вл.-Буданова*, *Сергѣевича*, *Бѣляева*, *Латкина* удѣлено мѣсто и духовнымъ завѣщаніямъ, преимущественно ихъ древнѣйшимъ типамъ. Дѣйствующіе законы изложены и систематизированы въ курсахъ гражданскаго права: г. *Побѣдоносцева* („Курсъ гражд. права"), *Мейера* („Русск. гражд. право"), также у *Кавелина* („Права и обяз.") и отчасти у пр. *Цитовича* [1]). Разборъ всѣхъ древнихъ источниковъ о завѣщаніяхъ, само собою разумѣется, находится въ извѣстной книгѣ пр. *Дювернуа* („Источники права и судъ въ др. Россіи"). Начальная эпоха завѣщаній охарактеризована и намѣченъ дальнѣйшій ростъ ихъ въ сочиненіи пр. *Цитовича* („Исходные моменты въ ист. русск. пр. насл."), а сущность дѣйствующаго завѣщательнаго права опредѣлена, хотя по цѣли книги лишь въ крупныхъ штрихахъ, у пр. *Демченко* („Существо наслѣдства и призваніе къ наслѣдованію по рус. праву"). Драгоцѣннымъ пособіемъ служатъ примѣчанія къ статьямъ источниковъ въ „Христоматіи по ист. рус. права" пр. *Вл.-Буданова*; нѣкоторыя данныя можно извлечь изъ 1-го тома „Русскихъ юридическихъ древностей" пр. *Сергѣевича*, а также изъ его статьи „Вольные и невольные слуги московскихъ государей" („Наблюдатель" 1887 г., №№ 1—3). Изъ другихъ сочиненій, не исключительно посвященныхъ духовнымъ завѣщаніямъ, большое значеніе имѣютъ: *Никольскаго* „Объ основныхъ моментахъ наслѣдованія" и „О началахъ наслѣдованія въ древнѣйшемъ русскомъ правѣ"; первое больше догматическое, второе исключительно историческое. Менѣе важенъ для насъ „Взглядъ на

[1]) Курсъ гражданск. права, вып. I; собственно только на стр.: 121, 20, 22, 57, 65, 15—16, 68 прим. и 77.

историческое развитіе порядка закон. наслѣдованія“ *Кавелина*. Изложеніе законовъ о завѣщаніяхъ довольно подробно у *Рождественскаго* („Историч. излож. русск. законодательства о наслѣдствѣ“), *Крашихфельда* („Начертаніе рос. гр. пр. въ истор. развитіи“); не многое, но важное, находимъ у *Куницына* („Наслѣд. права лицъ женскаго пола“). Полезныя указанія даетъ *Лакіеръ* („О вотчинахъ и помѣстьяхъ“), *Мрочекъ-Дроздовскій* („Изслѣдованія о Рус. Правдѣ“), *Энгельманъ* и *Устряловъ* (для Псков. Суд. Гр.)[1]), *Энгельманъ*-же „О пріобрѣтеніи права собственности“ между прочимъ и по завѣщаніямъ. *Бѣляевъ* въ сочиненіи „Наслѣдство безъ завѣщанія по древнимъ русскимъ законамъ“ высказалъ нѣсколько рѣзкихъ мыслей о характерѣ древне-русскаго завѣщанія, вызвавшихъ впослѣдствіи горячій споръ. Съ Бѣляевымъ въ единомысліи проф. *Чичеринъ* („Опыты по исторіи русскаго права“). Ближайшимъ образомъ касается завѣщаній статья *Попова* „Объ опекѣ и наслѣдствѣ во время Русской Правды“[2]) и отчасти соч. *Турчиновича* („О поземельной собственности и наслѣдствѣ въ древ. Рос.“). Нѣкоторыя страницы обширнаго труда пр. *Шахмана* („Исторія Кодификаціи“) также даютъ матеріалъ для пониманія древнихъ и новыхъ завѣщаній. Въ „Мнѣніи“ *Новосильцева*[3]) очень хорошо истолкованъ указъ 1731 г., отмѣнившій единонаслѣдіе.

Есть нѣсколько сочиненій, посвященныхъ спеціально духовнымъ завѣщаніямъ.

Одни изъ нихъ занимаются ихъ исторіей. Таковы: *Хавскій* („О наслѣдствѣ завѣщательномъ“); впрочемъ онъ касается также „родственнаго и выморочнаго наслѣдства“. Сочиненіе это, по словамъ автора, „почерпнуто изъ всѣхъ возможныхъ источниковъ по сему предмету“. Важно оно главнымъ образомъ тѣмъ, что въ приложеніи, обнимающемъ $^{6}/_{7}$ всего сочиненія, собраны нужныя узаконенія съ древнѣйшихъ временъ. Съ изданіемъ Пол. Собр. Зак. оно потеряло большую часть интереса. Въ подтвержденіе необходимости знать исторію законовъ о завѣщаніяхъ Хавскій приводитъ по его мнѣнію два, а собственно три,

---

[1]) *Энгельманъ*—„Систематическое изложеніе гражд. законовъ, содержащихся въ Пс. Суди. Граматѣ“; *Устряловъ*—„Изслѣдованіе Пск. Суди. Граматы“.

[2]) Въ „Сборн. историч. и статистич. свѣдѣній о Россіи“ изд. Валуемымъ, т. I.

[3]) „Мнѣніе сенатора Новосильцева, поданное въ совѣтъ комиссіи составленія законовъ“, въ Чтен. Моск. Общ. Ист. и Древн. 1859 г., т. II.

довода: 1) Въ Уложеніи (Цар. Ал. Мих.) есть ссылки на прежніе законы; 2) „случаи перехода имѣній по завѣщаніямъ изъ глубокой древности показываютъ необходимость познанія, а прошедшія перемѣны законовъ по обстоятельствамъ и времени усовершенствываютъ понятіе разсуждающаго о наслѣдствѣ настоящемъ, ибо всякій новый законъ объясняется прежнимъ, чего никто свѣдущій въ законахъ оспаривать не можетъ“ [1]). Интереспо, что конецъ втораго довода весьма близокъ къ истинѣ, и нынѣ признаваемой.

Засимъ, разсужденіе *Майстренкова* „Объ основаніи наслѣд. по завѣщ.“. Оно заключаетъ въ себѣ много историческихъ указаній, начинающихся съ договора Олега, по которому: „уряженіе... предпочитается законному порядку“, воля завѣщателя, какъ въ Р. Пр., такъ даже еще въ Уложеніи была священною и неограниченною. Здѣсь высказано нѣсколько вѣрныхъ мыслей о переходѣ по завѣщанію вотчинъ и о развитіи завѣщательнаго права въ XIX вѣкѣ. Разсужденія сопровождаются перечнемъ относящихся сюда законовъ.

Болѣе позднее сочиненіе о духовныхъ завѣщаніяхъ принадлежитъ *Полежаеву* [2]). Онъ писалъ вскорѣ послѣ Неволина, во многихъ мѣстахъ очень къ нему близокъ, но дополняетъ недостающее у Неволина. Періодизація Неволина (I пер.—до Петра Вел., II отъ Петра В. до Положенія 1831 г. и III по Положенію въ связи съ дальнѣйшими узаконеніями) совпадаетъ по отдѣламъ времени съ періодизаціей Полежаева, но у послѣдняго ей дана новая окраска: первый періодъ есть время отсутствія законодательныхъ постановленій; во второмъ—въ законодательствѣ видно стремленіе опредѣлить случаи изъ завѣщательнаго права, и третій періодъ даетъ дѣйствующія узаконенія. Основаніе дѣленія на періоды по характеру правилъ, нормировавшихъ духовныя завѣщанія, у Неволина прямо не высказано, но и онъ называетъ второй періодъ эпохой неопредѣлительности и частныхъ указовъ. Полежаевъ о второмъ періодѣ добавляетъ, что „онъ заключается почти въ одной только перемѣнѣ: развитіи начала юридическаго“. Въ каждомъ періодѣ завѣщанія разсматриваются по одинаковымъ рубрикамъ: а) подсудность, б) лица, которыя имѣютъ право за-

---

[1]) „О наслѣдствѣ“—стр. 6.

[2]) „О завѣщаніяхъ, въ трехъ періодахъ“, въ Арх. ист. и практ. свѣдѣн. Калачова 1859 г. № 1.

вѣщать, в) лица, кои имѣютъ право пріобрѣтать по завѣщанію, г) содержаніе завѣщанія, д) совершеніе завѣщанія, е) засвидѣтельствованіе.

Въ равной мѣрѣ историческое и догматическое сочиненіе „О формѣ завѣщаній“ написано *Сахаровымъ*. Въ результатѣ онъ приходитъ къ выводу: 1) что „всѣ законодательства (относительно формы завѣщаній) покоятся на одномъ общемъ началѣ, выработанномъ римскимъ правомъ, и что проводникомъ первыхъ формъ завѣщаній было духовенство; оно-же привило и самый институтъ завѣщанія, „придавъ ему клерикальный колоритъ;“ 2) что потомъ „начинается пора освобожденія, выхода на прямой и вѣрный путь къ сферѣ исключительно правовой. Все это, по мнѣнію автора, приложимо и къ русскому праву, которое „и до настоящаго времени не могло отрѣшиться отъ старой традиціи“; остатки этой традиціи Сахаровъ находитъ только въ названіи „духовное“ завѣщаніе и свидѣтельскихъ преимуществахъ духовнаго отца.

Остальныя извѣстныя намъ сочиненія изслѣдуютъ духовное завѣщаніе, какъ институтъ дѣйствующаго права. Немногія берутъ его цѣликомъ; другія говорятъ объ отдѣльныхъ его элементахъ.

Къ первымъ относится еще болѣе древнее, нежели сочиненіе Хавскаго, сочиненіе *Меркулова*: „Право завѣщательное“. Когда оно писалось, законы не были въ такой извѣстности, какъ теперь по Полн. Собр. и Св. Законовъ; поэтому цѣль Меркулова была компилятивная: сочиненіе „собрано и издано“, въ немъ „предлагается одно только право, а не причины, поелику причины непосредственно относятся къ дѣйствію лицъ и къ чувствамъ распоряжающихъ своимъ имѣніемъ“. Завѣщанія, по мнѣнію автора, суть акты, посредствомъ коихъ могутъ, кто пожелаетъ, распредѣлять и отдавать кому свое имѣніе по своей смерти“ [1]). Въ книгѣ даются опредѣленія движимыхъ, родовыхъ, наслѣдственныхъ, благопріобрѣтенныхъ имуществъ и правила составленія законнаго завѣщанія. Между прочимъ, уже Меркуловымъ высказано, что „употребляемыя въ завѣщаніяхъ вступленія никакой передъ закономъ силы и дѣйствія не имѣютъ“ [2]).

---

[1]) „Право завѣщательное“—стр. 5.

[2]) Тамъ же—стр. 59.

Въ 60-хъ годахъ *Сбитневымъ* помѣщена въ Жур. Мин. Юст. длинная статья о духовныхъ завѣщаніяхъ по русскому праву [1]). Въ ней мимоходомъ дѣлаются историческія справки, но главная, почти исключительная, цѣль—систематизировать и разъяснить дѣйствующія статьи Св. Зак.; спеціальное вниманіе Сбитневъ отводитъ тѣмъ постановленіямъ, которыя въ практикѣ вызывали (и вызываютъ) наибольшія затрудненія.

Изъ сочиненій, разбирающихъ завѣщанія по частямъ, отмѣтимъ сочиненіе *Любавскаго*: „Объ упрощеніи внѣшней формы завѣщаній", перепечатанное въ его „Юридическихъ монографіяхъ". Книга дѣлаетъ обстоятельный разборъ подлежащихъ законовъ и многихъ кассаціонныхъ рѣшеній и предлагаетъ выводы de lege ferenda о необходимыхъ измѣненіяхъ въ законахъ о формахъ завѣщаній. Характеръ кассаціонныхъ рѣшеній по дѣламъ о завѣщаніяхъ выясняется также *Оршанскимъ* въ „Изслѣд. по русскому праву", (тамъ же нѣсколько замѣчаній о древне-русскихъ завѣщаніяхъ). Нѣкоторые вопросы, возникающіе въ практикѣ по духовнымъ завѣщаніямъ, разрѣшены въ статьѣ подъ такимъ же заглавіемъ г. *Побѣдоносцевымъ* [2]); она сохранила свой видъ до нѣкоторой степени и въ „Курсѣ Гражд. права". Въ другомъ мѣстѣ г. Побѣдоносцевъ далъ „Опытъ юридическаго комментарія на нѣкоторыя статьи о духовныхъ завѣщаніяхъ" [3]); эти комментаріи нерѣдко служили послѣдующимъ авторамъ точкой отправленія. Подробный *комментарій къ 991 ст.* X т. 1 ч. помѣщенъ въ „Юр. Вѣстникѣ" [4]). Статьи: *Змирлова* „Значеніе института родовыхъ имуществъ" и *Брандта* „О родовыхъ имуществахъ" [5]) характеризуютъ главнымъ образомъ переходъ родовыхъ имуществъ по наслѣдству вообще и завѣщанію въ частности. О субституціи спеціально говорятъ *Гриневичъ* (Юр. В. 1867—1868, кн. 4) и *Моисеенко* („О субституціи въ завѣщаніи") кромѣ другихъ, прежнихъ (*Калачова* напр., въ Ю. В. 1861, кн. 7). Умственныя способности завѣщателя составляютъ тему интересной статьи *Карновича* („Объ умств. способностяхъ завѣща-

[1]) „О духовныхъ завѣщаніяхъ по русскому праву", Ж. М. Ю. 1861 г. № 5.

[2]) Въ Арх. Калачова 1859 г. №№ 1 и 2 прилож.

[3]) Тамъ-же, 1859 г. № 2.

[4]) „Даръ или завѣщаніе?", Ю. В. 1890 г., Апрѣль, стр. 683—689.

[5]) Ж. Гр. и Уг. Пр. 1889 г., кн. 3 и 1888 г. Іюнь, Сентябрь.

теля", Ж. М. Ю. 1868, № 6); она затрогиваетъ также завѣщанія самоубійцъ; спеціально имъ посвященъ докладъ проф. *Кистяковскаго* („О самоубійствѣ и его послѣдствіяхъ", Кіев. Унив. Изв. 1879, № 11) и двѣ брошюры *Медокса*: („О значеніи дух. зав. самоубійцъ") и *Березницкаго* („О дух зав. самоубійцъ"). *Кунцынъ* („Духов. зав. несовершеннол." Ж. М. Ю. 1863, № 3) и *Муллова* („Завѣщ. несоверш.", Ж. М. Ю. 1862, № 91) высказались довольно противоположно о духовныхъ завѣщаніяхъ несовершеннолѣтнихъ. Объ отказахъ по завѣщанію сравнительно съ римскими легатами есть статья *Анненкова*[1]). „О явкѣ" написана небольшая книга *Шимановскимъ*; это сочиненіе преимущественно важно по обильнымъ выпискамъ изъ рѣшеній Сената; выписки дополняются и историческими указаніями, болѣе или менѣе въ согласіи съ Неволинымъ. О неграмотныхъ свидѣтеляхъ— основательная статья *Будзилевича*[2]). Наконецъ, „О душеприкащикахъ" единственная на русскомъ языкѣ брошюра *Гольмстена*; разсматривал душеприкащичество въ его существѣ, онъ дѣлаетъ попытку построить институтъ на началахъ общихъ съ довѣренностью. О свободѣ завѣщаній написана статья догматическаго и частью историческаго характера пр. *Азаревичемъ* („Свобода и ограниченіе дух. зав.", Ж Гр. и Уг. Пр., 1889, кн. 8)[3]). Недостатки русскихъ законовъ о завѣщаніяхъ почти всѣ отысканы въ статьѣ *Змирлова*, носящей то-же заглавіе („Недост. нашихъ гражд. законовъ о духовныхъ завѣщаніяхъ", Ж. Гр. Уг. Пр. 1883, кн. 10; 1884, кн. 1 и 5).

Перечисленныя сочиненія, вмѣстѣ съ большимъ числомъ мелкихъ статей практическаго характера, имѣютъ въ виду духовныя завѣщанія по закону. Для выясненія духовныхъ завѣщаній по обычному праву кромѣ 2-го тома *Пахмана* „Обычн. гражд. право въ Россіи", отчасти „Курса общаго гр. права" *Малышева* и извѣстнаго „Сборника народн. юр. обычаевъ" *П. Ефименко* въ „Трудахъ Арх. Губ. Стат. Ком.", III, Арх. 1869 г., даютъ теперь уже довольно значительный матеріалъ и другіе изслѣдователи, наблюдатели и систематизаторы обычнаго права[4]).

---

[1]) „Отказы по духовному завѣщанію", Ж. Гр. и Уг. Пр., 1892 г., кн. 1.

[2]) „Могутъ-ли неграмотные быть свидѣтелями при завѣщаніяхъ", Ж. Гр. и Уг. Пр. 1889 г. Сентябрь.

[3]) См. также его статью: „Лица, въ пользу которыхъ должна быть ограничена свобода дух. завѣщаній", Варш. Унив. Изв., 1890 г., кн. 1.

[4]) Обширнаго труда *Чубинскаго*, къ сожалѣнію, намъ не удалось достать.

На первомъ мѣстѣ—сочиненія г-жи *А. Ефименко* („Изслѣдованія народ. жизни. Вып. I. Обычное право"), такъ какъ отстаиваютъ важность обычнаго права для будущаго; (объ этомъ же—статья проф. *Сергѣевича*—„Опыты изсл. обычн. права", Наблюдатель, 1882, № 2—какъ альтернатива). Въ книгѣ г-жи Ефименко излагается вмѣстѣ съ тѣмъ исторія обычнаго права сѣверныхъ областей (въ отношеніи землевладѣнія). Подробный сводъ данныхъ по обычному праву для большей части Россіи въ 40-хъ годахъ былъ сдѣланъ *Барыковымъ* („Обычаи наслѣдованія у госуд. крестьянъ", Ж. М. Гос. Им. 1862, №№ 9—12); его выводами воспользовался уже *Оршанскій* въ „Изсл. по русскому праву обычн. и брачному". Въ 80-хъ годахъ *Соловьевымъ* изданно „Гражданское право, Очерки народно-юридическаго быта", заключающіе много важныхъ обычаевъ о завѣщаніяхъ. Въ одно время съ книгой Соловьева Редакціонной Комиссіей издано сочиненіе *Мухина* „Обычный порядокъ наслѣдованія у крестьянъ"; авторъ сгруппировалъ въ своихъ обобщеніяхъ чуть-ли не весь, бывшій тогда извѣстнымъ, матеріалъ по обычному наслѣдственному праву. Менѣе крупныя работы сообщаютъ обычаи о завѣщаніяхъ въ отдѣльныхъ уголкахъ Россіи. Таковы статьи: *Добротворскаго* [1]) (Влад. губ.), *Матвѣева* [2]) (Самар. губ.), *Титова* [3]) (мѣстность подъ Ростовомъ), *Костромова* [4]) (Том. губ.), *Тарновскаго* [5]) (Малороссія), *Гольмстена* [6]) (Валдайскій уѣздъ). Весьма содержательны также: рѣчь „Объ отношеніи юридическихъ обычаевъ къ законодательству", произнесенная *Калачовымъ* на первомъ съѣздѣ русскихъ юристовъ („Перв. съѣздъ рус. юр. въ 1875 г." М. 1882, стр. 119—150), статья *Филиппова* „Современныя записи обычнаго права" [7]), книга *Матвѣева* „Крестьяне и Сводъ

---

[1]) „Крестьянскіе юридич. обычаи въ восточ. части Владимирской губерніи", статья 2-я: семьи, семейные раздѣлы и право наслѣдованія, Ю. В. 1889 г. Іюнь Іюль стр. 261 294.

[2]) „Очерки народно-юридич. быта", въ Зап. Имп. Русск. Геогр. Общ по отд. Этнографіи 1878 г., т. VIII.

[3]) „Юридическіе обычаи села Никола-Перевозъ", Ярославль 1888 г., (рецензія въ Ж. Гр. и Уг. Пр. 1889 г. Февраль).

[4]) „Юридич. обычаи крестьянъ старожиловъ Томской губерніи".

[5]) „Юридич. бытъ Малороссіи", въ Юр. Зап. Изд. Рѣдкинымъ 1842 г. т. II.

[6]) „Двадцатилѣтняя практика Кемецкаго суда", Ж. Гр. и Уг. Пр. 1887 г., кн. 4.

[7]) Сѣв. Вѣст. 1887 г. Іюль.

Законовъ", рефератъ *Евреиновой* „О значеніи и предѣлахъ обычнаго права при разработкѣ отдѣльныхъ институтовъ гражданскаго уложенія".

При всей обширности литературы духовныхъ завѣщаній замѣтно однако, что почти всѣ сочиненія или занимаются преимущественно отжившими типами завѣщаній, или преимущественно говорятъ о современномъ; слѣдовательно, тѣ и другія отличаются, въ этомъ смыслѣ, нѣкоторою односторонностью. Между тѣмъ, на нашъ взглядъ, было-бы не безъинтересно возможно нагляднѣе поставить въ связь идеи „исходныхъ моментовъ" въ исторіи духовныхъ завѣщаній по русскому гражданскому праву съ „существомъ" теперешняго завѣщанія. Сдѣлать это, въ раньше намѣченныхъ границахъ, и стремится предлагаемый очеркъ.

## ГЛАВА ПЕРВАЯ.

### ДУХОВНЫЯ ЗАВѢЩАНІЯ ПО ОБЫЧНОМУ ПРАВУ.

### § 1. „РЯДЪ".

Пока мы не считаемъ спорной тринадцатой статьи Олегова договора съ Греками, постановленія Русской Правды о рядѣ будутъ первыми хорошо видными „верхушками" (Іерингъ) древне-русскихъ понятій о духовныхъ завѣщаніяхъ:

„Аще кто оумираа раздѣлить домъ дѣтемъ своимъ, на томъ-же стояти; паки-ли безъ ряду оумреть, то всѣмъ дѣтемъ, а на самаго часть дати по души" (105 Кар.) [1]).

„А что на нію (жену) мужъ възложилъ, тому-же есть госпожа, а задниіца ея мужьня не надобѣ" (106 Кар.) [2]).

„Аще же и отчимъ приметь съ задниіцею дѣтеи, и то такоже есть рядъ, якоже рядилъ; а дворъ безъ дѣлу отенъ всякои меншомоу сынови" (112 Кар.) [3]).

Отецъ, умирая, раздѣляетъ „домъ" между своими дѣтьми и что либо при этомъ возлагаетъ на жену; это есть ненарушимый рядъ. До

---

[1]) *Вл.-Буданов*—Христоматія, т. I, стр. 70—71.

[2]) Тамъ-же—стр. 72.

[3]) Тамъ-же—стр. 73.

такой степени ограниченный внѣшній объемъ правилъ главнаго источника могъ-бы отнять всякую надежду на правильность выводовъ, не будь нѣкоторыхъ другихъ постановленій Рус. Правды, прямо о рядѣ неговорящихъ, и договора съ Нѣмцами 1229 г. А въ связи съ ними приведенныя статьи получаютъ понятный смыслъ.

**1. Рядъ атца передаетъ наслѣдство.** Прежде всего, что такое „*домъ*“, который передается дѣтямъ, раздѣляется между ними: наслѣдство это, или другое что, и если наслѣдство то каковъ его составъ въ ту пору?

„Домъ“ отличенъ отъ „двора“, упоминаемаго въ ст. 112: дворъ—жилыя и хозяйственныя строенія съ прилегающими угодьями [1]); онъ остается младшему сыну. Домъ—понятіе, повидимому, болѣе широкое: домъ дѣлится между всѣми дѣтьми и изъ него, въ случаѣ отсутствія ряда, дѣлается выдѣлъ „по души“. Сопоставленіе статьи 105 (о рядѣ) со ст. 112 (о непарушимости ряда) заставляетъ, далѣе, утверждать, что „домъ“ есть техническій терминъ, равнозначительный съ „задни́цей“. Изъ статьи 105 извѣстно, что рядъ передаетъ домъ, а въ 112 ст. говорится, что отчимъ принимаетъ дѣтей съ задни́цею, хотя рядъ былъ—подстановка „задни́цы“ вмѣсто „дома“ очевидна. Яснѣе то-же выходитъ изъ сравненія ст. 105 съ ея сосѣдкой. По ст. 106 „задни́ца мужня ей (женѣ) не надобѣ“: жена не наслѣдуетъ, а получаетъ часть, которую на ню мужъ возложилъ; но когда возложилъ? конечно тогда, когда дѣлалъ рядъ; значитъ, и тутъ былъ рядъ, разумѣется, о „домѣ“; а откуда наслѣдники дѣлаютъ выдѣлъ вдовѣ? изъ задни́цы. По одной статьѣ рядъ касается „дома“; согласно другой—въ томъ-же рядѣ назначается выдѣлъ изъ „задни́цы“; слѣдовательно „домъ“ и есть „задни́ца“; „задни́ца“ же есть обыкновенное древне-русское наименованіе наслѣдства. Итакъ, *рядъ касается наслѣдства*. Въ этомъ-же можно убѣдиться, если 105 ст. Кар. списка прочесть по древнѣйшему, Синодальному. Тамъ она изложена нѣсколько иначе: „аще кто умирая раздѣлить *домъ*, на томъ-же стояти, паки ли безъ ряду умреть, то *все* дѣтямъ“ и т. д. [2]). Отецъ и по этому варьянту дѣлитъ „домъ“, а въ случаѣ отсутствія ряда дѣти получаютъ „все“. Отсюда вытекаетъ, что домъ есть все, т. е. задни́ца, наслѣдство. Обѣ половины статьи совершенно равносильны: раздѣляй

[1]) *Мрочекъ-Дроздовскій*—Изслѣд. о Рус. Правдѣ, стр. 155.

[2]) *Сергѣевичъ*—Лекціи по исторіи рус. права, стр. 641.

отецъ подъ именемъ дома только часть „всего“ наслѣдства, было бы упомянуто о судьбѣ остальнаго; между тѣмъ прямо повелѣвается на томъ-же стояти; и только когда ряда не оказывается, сразу выростаетъ необходимость опредѣлить, что же дѣлать со „всѣмъ“—остаткомъ, задни́цей, наслѣдствомъ. И этимъ путемъ выходитъ, что домъ и задница—одно и то-же [1]), что „рядомъ“ передается наслѣдство, каковъ бы ни былъ его составъ во времена Русской Правды. Впрочемъ, въ этомъ пунктѣ нѣтъ большихъ разногласій въ литературѣ. Проф. Сергѣевичъ, разсматривая „рядъ“, какъ актъ открытія наслѣдства, конечно, предполагаетъ, что „домъ“ есть „задни́ца“ [2]); о Неволинѣ нечего и говорить: по его мнѣнію, наслѣдство всегда открывалось двумя способами [3]); то-же признаетъ проф. Демченко [4]), а для наслѣдованія сыновей—проф. Будановъ [5]).

Менѣе единодушія на счетъ состава наслѣдства въ эпоху Р. Правды. Культурно-историческая ступень, на которой стояла русская жизнь въ эпоху, когда слагались и дѣйствовали интересующія насъ статьи Р. Пр., нужно думать, была очень невысока: „земледѣльческій бытъ въ періодѣ натуральнаго хозяйства“ (главнымъ образомъ) „и при обиліи земли—такой бытъ предполагаетъ Русская Правда“ [6]). Движимость „товаръ“, „животы“ имѣютъ уже цѣнность и потому состоятъ уже въ собственности,—чьей?—для насъ пока безразлично: важно, что они должны были входить въ составъ наслѣдства [7]) и, понятно, съ этой стороны *Р. Пр. знаетъ въ составѣ наслѣдства вещи.* Но только ли движимость наслѣдуется въ ту эпоху? Кто бы ни былъ тогда субъектомъ поземельной собственности [8]), оборотъ съ землею долженъ былъ существовать: „въ земледѣльческомъ быту первое дѣло установить юридическія отношенія относительно землевла-

---

[1]) Подробнѣе у *Цитовича*—Исходн. моменты, стр. 56, 58.

[2]) *Сергѣевичъ*—l. c. стр. 642.

[3]) *Неволинъ*—Исторія, т. III, стр. 293.

[4]) *Демченко*—Существо наслѣдства, стр. 26.

[5]) *Вл.-Будановъ*—Обзоръ исторіи рус. права, стр. 412.

[6]) *Цитовичъ*—„Исходные моменты“, стр. 30; однако ср. статьи Рус. Пр. Кар. „О рѣзѣ“ и счетъ на гривны.

[7]) *Турчиновичъ*—назв. соч., стр. 13, 26.

[8]) *Тамъ-же*—стр. 30, 31: вѣрно, *Никольскій* — О началахъ наслѣдованія, стр. 40, 44: ошибочно.

дѣнія“ [1]); значитъ, тѣ или другія права на землю переходили и по наслѣдству, и потому могли входить въ содержаніе „ряда“, поскольку домовладыка былъ властенъ помѣстить въ немъ свои распоряженія. Такимъ образомъ легко можно допустить въ составѣ тогдашняго наслѣдства рядомъ съ движимостью *нѣкоторыя права и на недвижимость* [2]).

Затрудненіе собственно состоитъ только въ томъ, переходятъ ли на наслѣдника кромѣ вещныхъ правъ и обязательственныя требованія, а главное долги наслѣдодателя? Блестящая мысль проф. Дювернуа,—что „по Р. Пр. весь составъ наслѣдства матеріальный“, что въ немъ она знаетъ только вещи [3]), „остатокъ, по отношенію къ которому вся задача права состояла въ томъ, чтобы раздѣлить его между разными лицами“ [4])—эта мысль неправильна и опровергается двумя мѣстами источниковъ. Прежде всего въ ст. 12 договора съ Нѣмцами 1229 г. сказано: „аще Латининъ дастъ княжю холопу въ заемъ или иному доброму человѣку, а умретъ не заплативъ, а кто емлетъ его остатокъ, тому платити Немчину“ [5]). Наслѣдникъ задолжавшаго человѣка выплачиваетъ его долги. Положеніе это не формулировано въ Рус. Правдѣ, но, конечно, подразумѣвается въ ней; въ противномъ случаѣ, если эта статья—нововведеніе, на что напираетъ проф. Дювернуа [6]), русскіе не могли бы столь кореннымъ образомъ измѣнить свои воззрѣнія и согласиться на нѣмецкій законъ (статья близка къ Саксонскому Зерцалу). Больше того, мы признаемъ, вслѣдъ за проф. Вл. Будановымъ, что въ то время, какъ „нѣмецкое право обращаетъ взысканіе только на наслѣдника движимостей, наслѣдника же недвижимой собственности не привлекаетъ къ отвѣтственности,—русское право разумѣетъ наслѣдника вообще“ [7]). Такой смыслъ статьи Смоленскаго договора является въ яркомъ свѣтѣ при сравненіи ея съ постановленіемъ Р. Пр., даннымъ по частному случаю, но

---

[1]) *Цитовичъ*—l. c., стр. 93.

[2]) Ср. *Тумасовъ*—Историко юридич. бытъ русскаго крестьянства, стр. 87, 94.

[3]) *Дювернуа*—Источники и судъ, стр. 328.

[4]) *Тамъ-же*—стр. 35.

[5]) *Вл.-Будановъ*—Христоматія I, стр. 101.

[6]) *Дювернуа*—Тамъ-же, стр. 145.

[7]) *Вл.-Будановъ*—Христоматія I, стр. 101, прим. 19.

имѣющимъ капитальный общій интересъ; именно ст. 115 Кар. [1]) говоритъ: когда послѣ смерти отца остались дѣти, и второй мужъ его вдовы пожелаетъ распоряжаться и имуществомъ пасынковъ, и имуществомъ своей семьи, но при этомъ „растеряетъ“ часть имущества пасынковъ, то обязательство вознаградить ихъ потери переходитъ на наслѣдниковъ вотчима, въ данномъ случаѣ на его дѣтей: „будетъ ли что потерялъ своего иночима а онѣхъ отца, а умретъ... то взворотити брату.... что будетъ растерялъ отецъ его иночимля“. Значитъ, и для Русской Правды *переходъ на наслѣдника* не однихъ вещныхъ, но *и обязательственныхъ правъ*—совершенно сходно со ст. 12 договора 1229 г.— вовсе не составляетъ такой уже новости, какъ полагаютъ. Нѣтъ только указаній на наслѣдованіе долговыхъ требованій. Но безъ сомнѣнія, признавая наслѣдованіе долговъ, обременяющихъ наличность,—тѣмъ паче нужно допустить и переходъ правъ требованія.

Итакъ, въ понятіи „задни́цы“ заключается глубокая мысль объ универсальномъ наслѣдованіи всей совокупности имущественныхъ правъ умирающаго [2]). Вмѣстѣ съ тѣмъ „рядомъ“ передается домъ или, что все равно, задни́ца. Слѣдовательно, *рядъ Русской Правды прежде всего есть актъ универсальнаго наслѣдованія*, одинъ изъ двухъ путей перехода наслѣдства.

Предварительно разсмотрѣнія важнѣйшихъ (и при томъ весьма спорныхъ) вопросовъ о сущности ряда, какъ акта, о предѣлахъ свободы ряда для лица, распоряжающагося наслѣдствомъ, о древности „ряда“, о наличности въ немъ признаковъ завѣщанія въ смыслѣ тестамента, и другихъ менѣе важныхъ, слѣдуетъ остановится на двухъ правилахъ, даваемыхъ Р. Правдою о распоряженіяхъ на случай смерти, которыя дѣлаются матерью, когда она умретъ не „безъ языка“ [3]); это ст. 114 и ст. 116 Р. Пр. Кар. Стараясь по нимъ опредѣлить характеръ передаваемыхъ матерью правъ, т. е. смотря съ той же точки зрѣнія, какъ выше сдѣлано въ отношеніи ряда отца, приходишь уже къ другимъ заключеніямъ.

---

[1]) *Тамъ-же*—стр. 75.

[2]) *Тамъ-же*—стр. 75, прим. 150.

[3]) „Не безъ завѣщанія“ переводятъ: *Поповъ*—назв. соч., стр. 110, *Сергѣевичъ*—Лекціи и изслѣдованія, стр. 541, и другіе.

**2. Рядъ матери—дареніе на случай смерти.** Часть, получаемая матерью по ряду ея мужа, поступаетъ ей въ полное обладаніе [1]): „а что на ню мужъ возложилъ, тому-же есть госпожа"—собственница. Права вдовы на полученное столь широки, что Рус. Правда совершенно отстраняетъ мысль о какихъ бы то ни было активныхъ притязаніяхъ дѣтей; Р. Пр. прямо заявляетъ: „материя часть дѣтемъ не надобѣ", т. е. дѣтямъ нѣтъ до нея дѣла [2]). Вслѣдствіе этого, если мать-вдова передастъ кому либо свою часть, то пріобрѣвшій ее будетъ пользоваться полными правами собственника. Такъ будетъ и въ случаѣ посмертной передачи (передачи на послѣ смерти), нормируемой ст. 114 Кар. Въ другой, 116 статьѣ, мать отдаетъ тѣмъ, „кто ю кормитъ"—„все". Если предположить, что здѣсь рѣчь идетъ уже не о вдовьей части, а о собственномъ имуществѣ жены [3]), бывшемъ приданномъ [4]), то и въ этомъ случаѣ опять окажется предсмертный отказъ имущества на правахъ собственности. Ни отказъ на случай смерти по ст. 114, ни такой же отказъ по 116 статьѣ не имѣютъ характера наслѣдства въ томъ значеніи, въ какомъ оно переходитъ по „ряду" отца. По крайней мѣрѣ нельзя найти въ источникахъ и намека на то, чтобы часть матери передавалась ею—вдовою, какъ наслѣдственная масса; нельзя подыскать и случая, гдѣ бы вмѣстѣ съ имуществомъ матери-вдовы переходили на лицо, въ пользу котораго она распоряжается, обязательства, обременяющія материй надѣлокъ. Мать-вдова въ разсматриваемыхъ статьяхъ распоряжается на послѣ смерти „остаткомъ" въ точномъ смыслѣ слова, извѣстнымъ количествомъ вещей—и только. А если такъ, то выраженіе „наслѣдство послѣ матери" [5]) не можетъ назваться удачнымъ—разнымъ понятіямъ должны соотвѣтствовать и разныя наименованія. Далѣе, мать совершенно свободна выбрать и надѣлить того или другаго сына; если бы всѣ сыновья оказались лихи, „льстецы", какъ иногда переводятъ [6]), мать имѣетъ право отдать все дочери [7]), смотря по тому „кто ю кор-

---

[1]) Ср. *Вл.-Будановъ*—Христоматія I, стр. 74.

[2]) *Мрочекъ-Дроздовскій*—l. c., стр. 210.

[3]) *Вл.-Будановъ*—Христоматія, стр. 76 прим.

[4]) *Рождественскій*—назв. соч., стр. 36.

[5]) *Вл.-Будановъ*—l. c., стр. 72 примѣч.

[6]) *Сергѣевичъ*—l c., стр. 540.

[7]) Повторяется дословно у *Палмана*—Исторія кодиф., т. I, стр. 217.

мить", прибавляетъ законъ весьма значительную оговорку. По нашему мнѣнію, именно это „кто ю кормитъ" и выражаетъ главную мысль обѣихъ статей: законъ считаетъ невозможнымъ, чтобы всѣ дѣти и изъ нихъ даже дочери отказались давать пропитаніе своей матери; поэтому естественно думать, что она передастъ имущество кому-либо изъ дѣтей; но что если невѣроятное совершалось?—На такой случай и сдѣлана прибавка „кто ю кормитъ", не стѣсняющая вдовы въ награжденіи человѣка, ее призрѣвшаго: кто кормитъ, того и можно надѣлить. Правильна поэтому мысль проф. Цитовича, что „предсмертная воля матери носитъ... характеръ субъективнаго произвола" [1]). Распоряженіе матери не называется „рядомъ"—и тутъ проявляется мысль объ отличіи его отъ „ряда" отца. Что-же это за распоряженіе по существу дѣла? Оно дается на случай смерти и юридически вполнѣ произвольно, ибо ограниченіе „кто кормитъ" очень растяжимое ограниченіе: подъ него подойдутъ всякія *крупныя*, конечно по мнѣнію матери, услуги, оказанныя ей кѣмъ бы то ни было; кромѣ того въ этомъ условіи вовсе не видно необходимаго требованія закона-обычая. Сверхъ всего распоряженіе имѣетъ въ виду не наслѣдство, а опредѣленныя вещи. Словомъ, здѣсь на лицо всѣ главные признаки дарснія на случай смерти: посмертность дѣйствія одаряющей воли. Полагаемъ, что въ Р. Пр. *дареніе на случай смерти* присутствуетъ въ чистомъ его видѣ; въ позднѣйшія времена понятіе его не было достаточно ясно выражено, да и въ самой Р. Пр. оно не формулируется, но отличіе наслѣдованія по „ряду" отъ полученія имуществъ послѣ матери по акту дарснія было ясно нашему древнѣйшему праву, и какъ мы ни назовемъ мнимое „наслѣдство послѣ матери", оно все равно не будетъ настоящимъ наслѣдствомъ, а предсмертное дарственное распоряженіе не обратится въ „рядъ".

**3. Сущность наслѣдованія по „ряду".**—Дѣло, конечно, не въ названіи, а между тѣмъ выводъ о произвольномъ характерѣ материнскихъ распоряженій ставитъ насъ въ противорѣчіе съ важнымъ аргументомъ проф. Вл.-Буданова, который имъ приводится въ подтвержденіе несвободы матери въ выборѣ лица, одаряемаго ею на случай

[1]) *Цитовичъ*—Исходные моменты, стр. 166; *Бицицинъ* — Наслѣдственныя права лицъ женскаго пола, стр. 70; *Бѣляевъ*—Наслѣдство безъ завѣщанія, стр. 45, 46.

смерти. Его аргументъ потребуетъ продолжительнаго разбора, являясь можно сказать, канвой для предстоящихъ соображеній. Проф. Вл.-Будановъ говоритъ: „мать можетъ сама сдѣлать *рядъ*; но и здѣсь какъ и *вообще въ древнемъ наслѣдствѣ по завѣщанію*, право *субъективнаго произвола* завѣщателя не можетъ простираться *за предѣлы семьи: мать можетъ выбрать наслѣдника только изъ числа дѣтей*“ [1]); тутъ-же дѣлается ссылка на другое мѣсто книги, гдѣ полнѣе разъясненъ характеръ древняго завѣщанія [2]).

Собственно, что касается названій „рядъ“, „наслѣдникъ“, выше мы, думаемъ, выяснили, что они здѣсь несовсѣмъ подходящи; главное затрудненіе не въ нихъ: мы на основаніи мысли, цѣли, вѣроятныхъ мотивовъ статей 114 и 116 Р. Пр. Кар. считаемъ возможнымъ признать полную субъективную произвольность материнскаго даренія на случай смерти; это отрицается пр. Будановымъ, который, въ этомъ вся суть, отмѣчаетъ несвободу выбора наслѣдника и отцомъ, дѣлающимъ „рядъ“; послѣднюю мысль открываютъ между прочимъ въ постановленіяхъ Рус. Правды. Раньше было показано только то, что рядъ передаетъ наслѣдство, но насколько произвольно, какъ именно того мы не касались, равно еще не извѣстны правоспособности рядчика и наслѣдника и формы ряда. Всѣмъ этимъ теперь и займемся.

а) **Выборъ наслѣдника.**—Точка зрѣнія на размѣры субъективнаго произвола въ рядѣ Р. Правды, т. е. на предѣлы выбора между юридическими послѣдствіями, которыя воля рядчика имѣетъ право соединить съ фактомъ смерти [3]), измѣняется по произведеніямъ русской литературы; но все разнообразіе мнѣній сводится къ двумъ, а съ перваго взгляда къ тремъ, главнымъ теоріямъ, которыя, слегка видоизмѣнялись имѣютъ и до сихъ поръ каждая своихъ представителей.

„Уже Неволинъ“ утверждаетъ, что „умирающій могъ составить о своемъ имуществѣ завѣщаніе“; отецъ—„раздѣлить свое имѣніе между дѣтьми *по своему усмотрѣнію*“ [4]). Бѣляевъ не побоялся выска-

---

[1]) *Вл.-Будановъ*—Христоматія, I, стр. 74, прим. 140.

[2]) *Тамъ-же*—стр. 71 прим. 136.

[3]) *Цитовичъ*—l. c. стр. 81, нашъ перифразъ, кажется, не пропустилъ нужныхъ чертъ опредѣленія: а) воли, б) выборъ, в) правомѣрность выбора, г) ненаступленіе этихъ послѣдствій помимо воли рядчика.

[4]) Исторія—т. III, стр. 294.

заться много рѣшительнѣе: „завѣщатель.... онъ можетъ написать себѣ наслѣдникомъ, *кого хочетъ*“ [1]). Никольскій (не безъ противорѣчій себѣ) замѣчаетъ, что „Р. Пр. признаетъ *неограниченную волю* отца семейства въ наслѣдственномъ правѣ законномъ“ [2]). По Мрочекъ-Дроздовскому завѣщаніе въ Р. Правдѣ есть уже *приказъ* [3]). Довольно неясно, но въ томъ же духѣ, высказался Рождественскій: „отецъ имѣетъ право учинить раздѣлъ между дѣтьми во время своей жизни; такой *раздѣлъ долженъ быть исполненъ* послѣ его смерти“ [4]). Перѣшительно свободу завѣщанія признаетъ Полежаевъ: „какъ кажется, въ практикѣ того времени собственникъ *не стѣснялся* какими либо правами дѣтей своихъ на имущество“ [5]); и раньше: „*непоколебимость завѣщаній* держалась чувствомъ уваженія къ распоряженіямъ умершаго“ [6]). Нѣкоторые выражаются менѣе ясно. Кранихфельдъ: „въ Р. Пр. XIII в. предоставлено всякому право распоряженія имуществомъ на случай смерти или право ряда“ [7]); Пахманъ: „воля умирающаго *должна быть исполнена*.... сонаслѣдники дѣлятъ между собою наслѣдство на основаніи раздѣла—ряда, учиненнаго между ними самимъ умершимъ“ [8]). Майстренковъ: „статьи Р. Пр. признаютъ волю отца, раздѣлившаго при смерти дѣтямъ имѣніе,—*непремѣнною*“ [9]). Турчиновичъ, точно не опредѣляя времени, къ которому нужно отнести его слова, говоритъ о древности вообще: „вѣрно, что въ извѣстныхъ случаяхъ умиравшій имѣлъ право распоряжаться имуществами и *по собственному произволу избирать наслѣдниковъ*“ [10]). Рельефнѣе всего о свободѣ завѣщателя по Р. Пр. говоритъ пр. Дювернуа: „Р. Правда.... свободу воли завѣщателя... *не стѣснятъ* ее никакими формальными ограниченіями относительно содержанія послѣдней воли“; „Р. Правда... она какъ будто прислушивается къ

---

[1]) „Наслѣдство безъ завѣщанія“—стр. 8.
[2]) О началахъ—стр. 342.
[3]) См. *названное соч.*—стр. 99.
[4]) *Назв. соч.*—стр. 68.
[5]) *Назв. соч.*—стр. 29.
[6]) *Тамъ-же*—стр. 22.
[7]) *Назв. соч.*—стр. 150—151.
[8]) Исторія кодиф.—I, стр. 216.
[9]) *Назв. соч.*—стр. 12.
[10]) *Назв. соч.*—стр. 34, 35.

этой волѣ“ [1]). Извѣстно, что пр. Чичеринъ держится подобнаго же взгляда [2]). Наконецъ, вотъ формулировка господствующаго взгляда на свободу завѣщателя по Р. Пр.—слова проф. Сергѣевича: „дѣти получали имущество родителей *не потому, чтобы имѣли на него право, а потому, что такова была воля родителей.* Если такой воли не было, все имущество могло быть отказано и помимо дѣтей: церкви, женѣ, даже постороннимъ лицамъ“ [3]).

Другіе думаютъ иначе. Поповъ столь-же категорически, какъ Бѣляевъ, говоритъ: „воля завѣщателя *не могла нарушить* семейнаго начала, ибо ей предоставлено только раздѣленіе имущества, а не назначеніе наслѣдника; *наслѣдники же опредѣлены* семейнымъ началомъ“ [4]). Пр. Цитовичъ, примѣнивъ сравненіе „ряда“ съ тестаментомъ, пришелъ къ заключенію, что „институтъ тестамента чуждъ нашему наслѣдованію въ его первоначальномъ видѣ“ [5]); а между предоставленною отцу возможностью „ряда“ и testamenti factio activa рѣшительно нѣтъ ничего общаго“ [6]): рядъ не тестаментъ, слѣдовательно онъ *не есть* [7]) „*такое изъявленіе воли умершаго, которое въ своемъ содержаніи рѣшительно внѣ всякой связи, внѣ всякаго соображенія съ тѣмъ принципомъ наслѣдованія, который выставленъ* въ законѣ или вообще *въ обычномъ правѣ*“. Также пр. Демченко констатируетъ, что завѣщаніе въ видѣ болѣе чѣмъ раздѣла наслѣдства родителями между ихъ *законными наслѣдниками*, т. е. назначеніе наслѣдниковъ „одною *волею владѣльца*... противорѣчитъ началамъ наслѣдованія, выраженнымъ въ Рус. Правдѣ“ [8]).

Наконецъ, проф. Вл.-Будановъ говоритъ: „завѣщаніе есть „рядъ“, т. е. *договоръ* между всѣми членами семьи, *съ главнымъ участіемъ отца*, объ общемъ *семейномъ имуществѣ*; *этимъ* рядъ существенно отличается отъ тестамента, въ которомъ выражается *субъективный произволъ собственника* въ распоряженіи *своимъ имуществомъ*. Рядъ

---

[1]) Источники и судъ—стр. 324, 328.
[2]) *Назв. соч.*- стр. 268, 277 и др.
[3]) „Лекціи и изслѣдованія“—стр. 541.
[4]) *Назв. соч.*—стр. 111—112.
[5]) „Исходн. моменты“—стр. 168.
[6]) *Ibid.*—стр. 66.
[7]) *Ibid.*—стр. 60.
[8]) „Существо наслѣдства“—стр. 28.

касается только раздѣла имущества между *готовыми наслѣдниками* по закону. Наслѣдство по закону и наслѣдство по завѣщанію въ сущности *тождественны*“ [1]).

Изъ этихъ выписокъ видно, какъ много изслѣдователей высказывалось о свободѣ ряда; значитъ, этой спорной чертѣ придаютъ важное значеніе для пониманія ряда. Не удивительно, что и намъ прійдется заняться ею подробно. Приведенныя мнѣнія распадаются на три группы при чемъ *полную свободу* завѣщательныхъ распоряженій по Рус. Правдѣ защищаютъ особенно пр. Дювернуа и пр. Сергѣевичъ; *полная несвобода* составляетъ предметъ аргументаціи, кромѣ другихъ, пр. Цитовича; пр. Вл.-Будановъ съ *главнымъ участіемъ* отца въ *договорномъ* рядѣ и тождественностью наслѣдства по закону и завѣщанію занимаетъ особое положеніе.

**б) Правоспособность къ „ряду“.**—Но о свободѣ или несвободѣ ряда можно говорить, конечно, только въ отношеніи такихъ лицъ, которыя пользовались по Рус. Правдѣ полнымъ правомъ совершить рядъ. Поэтому нужно еще опредѣлить, кто вообще имѣлъ право рядить. Положительныхъ на этотъ счетъ правилъ въ Р. Правдѣ нельзя отыскать; но въ ней же мы не найдемъ и „запрещенія кому-либо изъ лицъ свободнаго званія составлять духовныя завѣщанія“ [2]). Болѣе того, изъ современныхъ Р. Правдѣ памятниковъ видно, что даже несвободные люди передавали свое имущество по наслѣдству; объ этомъ говоритъ уже пригодившаяся намъ статья договора 1229 г.; она „собственно ничего не вводитъ новаго, а отправляется лишь отъ существующаго“: есть рабы, они вступаютъ въ сдѣлки отъ своего имени и передаютъ по наслѣдству свое имѣніе [3]); „статья предполагаетъ эту практику и говоритъ: по обязательствамъ, заключеннымъ умершими рабами, отвѣчаютъ ихъ наслѣдники“ [4]). Итакъ: если рабы могли передавать имущество по наслѣдству, то подавно право ряда принадлежало всѣмъ свободнымъ гражданамъ. Принадлежность права на

---

[1]) „Христоматія“—т. I, стр. 71.

[2]) *Неволинъ*—l. c. III, стр. 295; *Полежаевъ*—назв. соч., стр. 27.

[3]) *Полежаевъ* отрицаетъ такое право холоповъ—l. c. стр. 26; въ опроверженіе его см. еще *Сергѣевича*—„Вольные и невольные слуги московскихъ государей“ стр. 61, 62 и его-же—„Русскія юридич. древности“ т. I, стр. 124—126.

[4]) *Сергѣевичъ*—Русс. юр. древности т. I, стр. 116.

рядъ всѣмъ свободнымъ гражданамъ [1]) подтверждается и иначе. Если еще можно защищать различные порядки наслѣдованія по закону послѣ бояръ съ одной стороны и смердовъ съ другой, то статьи о рядѣ не допускаютъ различныхъ мнѣній: „отнести ст. LXI и LXII“ (т. е. 105 Кар. по изданію Вл.-Буданова) „лишь къ наслѣдованію послѣ бояръ мѣшаетъ то соображеніе, что въ такомъ случаѣ коренной институтъ поминовенія души, предсмертный рядъ... имѣли бы примѣненіе только для незначительнаго по своей численности класса людей въ тогдашней массѣ русскаго населенія“ [2]); въ ст. 105 „нѣтъ уже и помину о какихъ нибудь сословныхъ различіяхъ“ [3]). Въ эпоху Рус. Правды *свободные и несвободные члены общества безъ всякихъ сословныхъ различій пользовались правомъ на рядъ, одинаковымъ для всѣхъ.*

Было единственное общее ограниченіе или, лучше сказать, необходимое условіе для права совершить рядъ: *рядчикъ долженъ быть домохозяиномъ*, главой передаваемаго „дома“—наслѣдства; кто считался домохозяиномъ, олицетвореніемъ имущественной единицы, и въ такомъ качествѣ выступалъ въ гражданскомъ оборотѣ, тотъ и могъ распорядиться наслѣдствомъ послѣ себя. Ст. 112. Кар. возвѣщаетъ: „аще же и отчимъ приметь съ задницею дѣтей, и то также есть рядъ якоже рядилъ“; слѣдовательно, отчимъ не можетъ передѣлывать распоряженій отца, если этотъ послѣдній сдѣлалъ рядъ; почему? отчимъ только опекунъ, временный управитель имущества, а не отецъ, не домохозяинъ; онъ дѣйствуетъ не самолично, а отъ имени, въ пользу опекаемыхъ и подъ условіемъ этой пользы. Въ другомъ положеніи отецъ: пусть имущество принадлежитъ не ему, а семьѣ, но онъ, какъ глава ея, имѣетъ въ извѣстной степени правоспособность распорядиться этимъ имуществомъ и въ рядѣ; будетъ-ли то главное участіе, полный субъективный произволъ, или даже несвобода въ выборѣ наслѣдника—во всѣхъ случаяхъ, чтобы оставить рядъ, нужно быть хозяиномъ имущества, какъ наслѣдственной массы, нужно быть домохозяиномъ.

---

[1]) *Тумасовъ* признаетъ, что „людинъ“ Русской Правды могъ завѣщать—l. c.

[2]) *Цитовичъ*— Исходные моменты, стр. 54.

[3]) *Тамъ-же*—стр. 53; впрочемъ *Тумасовъ*, вопреки цитируемому имъ мнѣнію *Легкова*, неосновательно выводитъ изъ статьи „о смердьѣ задницѣ“, что смерды не могли завѣщать—въ назв. соч. стр. 3, 6; то-же утверждаетъ *Полежаевъ*—l. c., стр. 27.

Другихъ ограниченій, кромѣ этого фактическаго по преимуществу, но неизбѣжно признаваемаго обычнымъ правомъ,—нѣтъ и быть не могло въ древней Россіи. Будетъ хозяиномъ женщина—права ея на рядъ отъ этого не умаляются. Мать, оставаясь послѣ мужа съ дѣтьми въ качествѣ полной хозяйки дома, пользуется вообще широкими правами: она можетъ отказать дѣтямъ въ раздѣлѣ—„дѣтемъ не дати воли“, говоритъ ст. 113 Кар. Р. Пр.: „но что ей далъ мужъ съ тѣмъ же ей и сидѣти съ дѣтьми“, т. е. мать можетъ оставаться въ общемъ съ дѣтьми владѣніи до тѣхъ поръ, пока ей это будетъ угодно. Является вопросъ: если мать до самой смерти не подѣлится съ дѣтьми, а между тѣмъ съ помощью дѣтей увеличитъ наслѣдственный „домъ“, имѣетъ ли право мать-вдова-хозяйка сдѣлать новый рядъ? Надо думать, что ей позволяется сдѣлать рядъ о новой части наслѣдства и рядъ ея будетъ совершенно равносиленъ тому, который могъ бы быть сдѣланъ ея мужемъ, если бы онъ дожилъ до этого времени. Подобное рѣшеніе вполнѣ согласуется съ неразрушимостью древне-русской семьи, когда мать, по ст. 113, намѣрена искусственно поддерживать ея цѣлость [1]). Передѣлать же рядъ мужа она, подобно отчиму, не можетъ, но по другой причинѣ: отчимъ не хозяинъ—мать полная хозяйка; однако при коллизіи авторитетовъ двухъ представителей семейной власти по природѣ терпитъ материнскій. Когда-же вдова, съ распаденіемъ фамиліи, беретъ свою часть и „вземше сидитъ“ отдѣльно отъ дѣтей—второе предположеніе 113 ст. Р. Пр. Кар., то наступаютъ другія послѣдствія. Въ случаѣ вдова поселяется у того, „кто ю кормитъ“, поселяется, такъ сказать, доживать вѣкъ, о наслѣдованіи ей нельзя говорить: все, что у нея останется ко времени кончины, она подаритъ пріютившему ее человѣку, и рядъ не къ чему будетъ примѣнить. Но пусть вдова, не выходя замужъ, продолжаетъ самостоятельно вести хозяйство, какъ дѣятельный членъ гражданскаго и экономическаго оборота, и возымѣетъ намѣреніе распорядиться о наслѣдствѣ послѣ себя: не подлежитъ сомнѣнію—она имѣла право сдѣлать рядъ. Такъ иногда и случалось; отъ болѣе поздняго времени есть важный документъ, изъ котораго видно, что вдова Федосья отказываетъ свое имущество въ наслѣдство усыновленному ею Тимошкѣ [2]). *Русская жен-*

---

[1]) Ср. *Цитовича*—Исх. моменты, стр. 111.

[2]) Подробный разборъ акта 1404 г. см. у *Цитовича*—l. c., стр. 119 и слѣд.

*щина въ XIII вѣкѣ пользовалась одинаковыми съ мущиною правами оставить рядъ о наслѣдствѣ* [1]).

Итакъ, сдѣлать рядъ имѣлъ право всякій, кто того хотѣлъ, у кого было достаточно имущественныхъ правъ, чтобы образовать наслѣдственную массу. Рабъ и свободный человѣкъ, смердъ и бояринъ были одинаково правоспособны къ ряду; полъ лица значенія не имѣлъ; другихъ ограниченій для XIII в. также не видно. Единственное общее условіе состоитъ въ томъ, что надо быть домохозяиномъ.

3. **Семейная собственность.** — Но древне-русскій домохозяинъ не былъ собственникомъ въ полномъ смыслѣ слова. Скудные источники не уясняютъ, кто былъ тогда субъектомъ права собственности. Только по аналогіи другихъ славянскихъ правъ (именно чешскаго и польскаго) заключаютъ къ общности вещныхъ правъ родителей и дѣтей [2]), находятъ общесемейное имущество [3]), полагаютъ, что по древне-русскому праву имущество принадлежитъ не лицу, а семьѣ" [4]). Семья же будетъ субъектомъ правъ и на недвижимое имущество [5]), такъ какъ, по совершенно вѣрному замѣчанію, „недвижимое имущество со стороны своей принадлежности ни чѣмъ не отличается отъ имущества движимаго" [6]). Итакъ, если собственница движимаго и недвижимаго— семья, то какъ-же допустить право домохозяина, который только завѣдующій, а не собственникъ семейнаго имущества, произвольно распорядиться въ „рядѣ" этимъ имуществомъ? По нашимъ понятіямъ, такое произвольное распоряженіе было бы несогласно съ принадлежностью собственности семьѣ, а не отцу. Самое большое, на что можно бы согласиться, это главное участіе въ договорномъ рядѣ; но главное участіе очевидно сводится на чисто нравственное вліяніе авторитета рядчика, не отрицающее обратнаго взаимодѣйствія со стороны будущихъ

---

[1]) *Нахманъ* неосновательно отрицаетъ право женщины на „рядъ"—l. c., стр. 230; *Краинхфельдъ* держался одинаковаго съ нами мнѣнія въ *назв. соч.* стр. 151.

[2]) *Вл.-Будановъ*—Обзоръ, стр. 398.

[3]) *Вл.-Будановъ*—Христоматія I, стр. 71.

[4]) *Ibidem.*

[5]) *Турчиновичъ*—l. c., заключеніе, п. 1.

[6]) *Цитовичъ*—назв. соч. 96, 97—99, 195 и др.; семейная собственность есть очищенный остатокъ родовой, а потому сказанное о семейной собственности будетъ тѣмъ болѣе приложимо къ родовой.

наслѣдниковъ; намъ-же нужно знать, насколько юридически, по праву, домохозяинъ былъ свободенъ въ выборѣ наслѣдниковъ, а съ этой стороны рядъ-договоръ есть отрицаніе субъективнаго произвола; пр. Вл.-Будановъ почти признаетъ это, утверждая, что рядъ отличается отъ тестамента договорнымъ элементомъ. По нашему мнѣнію, договорный рядъ—противоположенъ тестаменту, какимъ его обыкновенно представляютъ, потому что договоръ не допускаетъ субъективнаго произвола ни на минуту. А потому, теорію пр. Буданова слѣдуетъ отнести также къ теоріи несвободы ряда: главное участіе или не имѣетъ юридической силы, или равносильно связанности воли рядчика—въ обоихъ случаяхъ субъективнаго произвола не оказывается.

Такимъ образомъ, остаются два взгляда на произвольность ряда: по одному—личный, субъективный произволъ завѣщателя; по другому—опредѣленные обычаемъ наслѣдники и ограниченія даже въ распредѣленіи между ними семейнаго имущества.

Въ пользу которой же теоріи говоритъ семейная собственность? Нельзя не замѣтить, что семейная принадлежность собственности, по крайней мѣрѣ для эпохи Р. Правды, требуетъ дальнѣйшихъ подтвержденій. Въ самомъ дѣлѣ, ст. 100 Р. Правды по Троицкому списку наводитъ на нѣкоторыя сомнѣнія: „аще братья растяжутся о задницѣ, то который дѣтскій идетъ дѣлить ихъ“ и проч.; дѣтскій дѣлитъ—значитъ братья могли имѣть свою отдѣльную собственность, дѣлается изъ статьи [1]) выводъ: „родственники, значитъ, могутъ имѣть свою отдѣльную собственность“; „не вся семья, какъ одно цѣлое была собственникомъ“ [2]). Правда, что это выводы неосновательные: когда со смертью отца, начинается дѣлежъ, то семья уже распалась, ея уже не существуетъ, а потому не можетъ быть и семейной собственности; братья же, подѣлившись, могутъ обзавестись семьями, и изъ статьи не видно, что станется въ такомъ случаѣ съ полученной каждымъ частью наслѣдства: измѣнится-ли субъектъ собственности или нѣтъ. Статья извѣщаетъ только, что съ распаденіемъ семьи братья могутъ подѣлиться, но ничего не говоритъ противъ семейной собственности, ибо старой семьи уже нѣтъ, а существуютъ-ли новыя, того изъ статьи не видно; пока же нѣтъ семьи, нельзя искать и семейной собственности, какъ нельзя

---

[1]) *Сергѣевичъ*—Лекціи, стр. 609.

[2]) *Тамъ-же*—стр. 608.

ее и опровергать. При сравнительной слабости доводовъ за существованіе семейной собственности (поздніе акты, статьи о наслѣдованіи), опроверженій кромѣ несостоятельности приведеннаго нѣтъ. Поэтому мы вынуждены признать ее фактомъ доказаннымъ при томъ для всѣхъ родовъ имуществъ, какъ движимыхъ, такъ и недвижимыхъ. Какъ сказано, послѣ этого для насъ была-бы вполнѣ непонятна произвольность ряда отца не собственника; но для древности такое противорѣчіе не должно пугать. „Древность вовсе не была занята логическимъ построеніемъ юридическихъ понятій, а потому тогда и было возможно невозможное для насъ“ [1]). Существуетъ много обращиковъ древне-русскихъ правовыхъ противорѣчій, даже отъ временъ позднѣйшихъ Р. Правды. Примѣръ: земля называется и считается волостною— „то господине земля, на которой стоишь Божія да государя великаго князя, Есюнинскія волости“; несмотря на это, распоряжаются ею и отвѣчаютъ по искамъ частныя лица и частныя товарищества, въ обладаніи которыхъ она состоитъ; такъ въ актѣ 1534 г. [2]), такъ и во многихъ другихъ, собранныхъ въ „Русс. юридич. древностяхъ“. Особенно любопытно заявленіе крестьянъ въ той же правой грамотѣ 1534 г.; они говорятъ, что земля волостная, „а роспаши и ржи наши“; выходитъ, какъ формулируетъ пр. Сергѣевичъ, что „волости считаютъ тяглыя земли своими“ [3]), а несмотря на это, „отдѣльные крестьяне владѣютъ своими участками потомственно, имѣютъ по отношенію къ нимъ право распоряженія [4]) и ищутъ и отвѣчаютъ въ спорахъ объ этихъ участкахъ на судѣ“ [5]), словомъ, они дѣйствуютъ какъ полноправные собственники. Полагаемъ, что противорѣчіе здѣсь не менѣе велико, чѣмъ между семейною собственностью и произвольностью распоряженій отца, особенно и потому еще, что законъ-обычай смѣло могъ положиться на отцовскую пріязнь къ дѣтямъ. Но нарушеніе логики не прошло даромъ, и какъ волостная, такъ и семейная собственность со временемъ, при благопріятныхъ условіяхъ, размыты струей индивидуализма.

---

[1]) *Сергѣевичъ*—Русс. древности I, стр. 219.

[2]) *Ibidem.*

[3]) *Тамъ-же*—стр. 213.

[4]) См. объ этомъ еще у *Тумасова* назв. соч., стр. 129 (цитируетъ А. Ю. № 172), 133, 131 и др.

[5]) *Сергѣевичъ*—тамъ-же, стр. 217.

г) **Необходимые наслѣдники.** — Семейная собственность еще довольно мало говоритъ противъ теоріи субъективнаго произвола рядчика и не можетъ сдѣлать вполнѣ убѣдительною теорію необходимости. Пусть собственность будетъ принадлежать семьѣ, рядчикъ можетъ этимъ не стѣсняться и *раздѣлить имущество* по своему. Но приверженцы теоріи несвободы утверждаютъ нѣчто гораздо большее, чѣмъ несвобода въ распредѣленіи имущества, вещей: они доказываютъ, что отецъ домохозяинъ былъ не вправѣ избрать *наслѣдникомъ* „кого онъ хочетъ“, что наслѣдники даны уже заранѣе въ законѣ, т. е. въ обычномъ правѣ, а потому необходимы, „юридически необходимы“. Посредствомъ ряда передается наслѣдство, имущество какъ цѣлое, съ долгами и долговыми требованіями, а такъ какъ отецъ несвободенъ въ выборѣ наслѣдника, то въ Р. Правдѣ наслѣдство по ряду переходитъ юридически необходимо.

Противоположная теорія оспариваетъ такой выводъ. Пользуясь случайнымъ или неслучайнымъ разнорѣчіемъ статьи 105 Кар. (87 Тр.) по этимъ спискамъ съ одной и по Синодальному съ другой стороны, ея приверженцы истолковываютъ въ свою пользу ту редакцію, которая легче допускаетъ это. По буквальному смыслу 105 Кар. отецъ даетъ рядъ только дѣтямъ; но, говорятъ, въ Синодальномъ спискѣ, древнѣйшемъ, статья читается иначе: „аще кто умирая раздѣлитъ домъ, на томъ же стояти“, слѣдовательно, необходимыхъ наслѣдниковъ нѣтъ, о раздѣлѣ дома говорится вообще безъ обозначенія лицъ, между которыми раздѣлъ долженъ произойти [1]): ясно, что здѣсь не берется во вниманіе необходимая осторожность при слѣдованіи буквальному смыслу, особенно при такомъ разночтеніи редакцій статей. Въ подтвержденіе свободы отца-рядчика ссылаются, далѣе, на право матери устранить и дочь отъ полученія ея имущества и передать его постороннему лицу мимо дѣтей; „неужели отецъ имѣлъ меньше правъ, чѣмъ мать?“. Конечно нѣтъ; но невозможно смѣшивать наслѣдованіе по „ряду“ съ посмертнымъ переходомъ имущества отъ матери и распространять правила, данныя для послѣдняго, на первое: мать могла не подарить дѣтямъ своей „части“, но вытекаетъ-ли отсюда, что отецъ могъ устранить отъ наслѣдства своихъ дѣтей, которымъ онъ по ст. 105 Кар. раздѣляетъ „домъ“? Конечно

[1]) *Сергѣевичъ* — Лекціи, стр. 642.

нѣтъ. Однимъ же византійскимъ вліяніемъ на понятія русскихъ о свободѣ завѣщателя нельзя всего объяснить: и вообще значеніе византійскаго права въ смыслѣ вліянія—вопросъ темный, а для разбираемой статьи и совершенно; она ни по формѣ, ни по содержанію, какъ признаетъ и пр. Сергѣевичъ, не носитъ слѣдовъ этого вліянія. Возможно, что „слышится“ [1]) въ ст. 87 Тр. освященіе послѣдней воли умирающаго—но вѣдь это слишкомъ шаткое основаніе для стройной теоріи. Затѣмъ если и видѣть въ извѣстной 53 статьѣ Иск. Суд. Гр. exheredati'ю, то и это не уясняетъ взглядовъ эпохи гораздо болѣе ранней, менѣе развитой. Наконецъ, сходство ряда въ этомъ пунктѣ съ современными обычаями крестьянъ требуетъ болѣе полнаго удостовѣренія; да какъ увидимъ, ссылаться на эти обычаи, какъ на доказательство произвольности ряда, врядъ-ли позволительно.

Теорія абсолютнаго произвола въ выборѣ наслѣдника опирается въ источникахъ только на указанныя данныя и, понятно, ими не можетъ убѣдить въ своей правильности. Объясненія, даваемыя ея противницей, по крайней мѣрѣ не отправляются отъ разночтенія статьи 105 Кар.; выгодная особенность ея и въ томъ, что она находитъ главную причину разногласія: это—„старая сбивчивость въ вопросѣ объ источникахъ права“ [2]), именно, неправильно истолкованный смыслъ обычнаго права, которое въ древности замѣняетъ собою писанный законъ. Свободное завѣщаніе не могло существовать въ ту эпоху, когда дѣйствовало обычное право, занесенное въ Рус. Правду; это потому, что свободное завѣщаніе предполагаетъ признаніе личности и ея правъ, а личность въ ту эпоху еще не выдѣлилась и затеряна въ семьѣ; она нигдѣ не выступаетъ въ оборотъ отъ своего имени, а всегда въ связи съ какимъ бы то ни было союзомъ (родъ, община, семья). Въ такой безличной средѣ дѣйствуетъ объективная внѣшняя норма обычнаго права, а вовсе не произволъ завѣщателя, противоположный юридической необходимости.

Но и теорія произвола, съ своей стороны, опирается на характеръ обычнаго права и оправдываетъ допущеніе свободы въ выборѣ наслѣдника надеждой Рус. Правды на то, что воля отца семейства

---

[1]) *Ibidem.*

[2]) *Цитовичъ*—Исходн. моменты, стр. 81.

окажется покорной религіознымъ побужденіямъ [1]), что она будетъ „постояннымъ и вѣрнымъ выраженіемъ господствующаго обычая“ [2]), что „для свободныхъ людей въ сферѣ ихъ имущества не было никакихъ внѣшнихъ законовъ кромѣ тѣхъ, въ которые они сами вѣрили [3]); что воля была неограничена ни чѣмъ, такъ какъ „положенія Р. Правды.... выраженіе господствующей пошлины; поддерживаются общимъ сознаніемъ обычнаго права“, „котораго держатся всѣ, котораго сила утверждается вѣрой и волею каждаго“ [4]). Вся сила обычая зависитъ отъ личной воли каждаго. Послѣдняго не отрицаетъ и теорія необходимости: „положительное право, дѣйствуя въ формѣ обычая, прежде всего опирается на личное непосредственное сознаніе каждаго“ [5]).

α) **Причины разнорѣчія.**—Такимъ образомъ, объ точки зрѣнія на свободу ряда признаютъ *одинаковый фундаментъ* у обычнаго права—*личное сознательное воленіе каждаго.* Но вмѣстѣ съ тѣмъ приходятъ къ діаметрально противоположнымъ выводамъ о характерѣ обычнаго права. Одни утверждаютъ, что обычное право отличается субъективной произвольностью (пр. Дювернуа); другіе, наоборотъ, признаютъ, „что положительное право, дѣйствуя въ формѣ обычая, по преимуществу носитъ характеръ юридической необходимости“ (пр. Цитовичъ [6]), которая есть отрицаніе субъективнаго произвола. Все это сопоставленіе сдѣлано въ томъ намѣреніи, чтобы отмѣтить всю противоположность пониманія обычнаго права той и другою стороною и найти причины столь кореннаго разногласія. Насколько мы понимаемъ, въ немъ виновато то обстоятельство, что не установлено точно: 1) въ чемъ собственно санкція обычнаго права? 2) каковъ въ зависимости отъ этого характеръ обычнаго права? А чтобы установить то и другое, нужно 3) выяснить: какъ и кѣмъ образуется и измѣняется обычное право? Когда вообще опредѣлится характеръ обычнаго права и значеніе его санкціи, тогда можно будетъ признать

---

[1]) *Дювернуа*—Ист. и судъ, стр. 328.
[2]) *Тамъ-же*—стр. 325.
[3]) *Тамъ-же*—стр. 327.
[4]) *Тамъ-же*—стр. 328.
[5]) *Цитовичъ*—l. c., стр. 82.
[6]) *Тамъ-же*– стр. 84, 85.

положительно, произволенъ-ли „рядъ“ по Р. Пр., или онъ юридически необходимъ.

β) **Процессъ образованія обычнаго права.**—Чтобы сразу обосновать вѣрную точку зрѣнія, мы напомнимъ ту старую, но нерѣдко игнорируемую истину, что общество не есть химическое соединеніе, что люди, сгруппировавшись въ одно цѣлое, продолжаютъ оставаться людьми, индивидами. Общественный „организмъ“ не имѣетъ членовъ тѣла больше, чѣмъ въ метафорическомъ смыслѣ слова; у него нѣтъ и головы, которая бы въ состояніи была изобрѣтать нормы права въ эту эпоху, когда законодательная функція не находится въ рукахъ государственной власти; а на такой именно ступени культуры стоитъ бытъ русскаго народа при дѣйствіи Русской Правды. Не имѣя никакой возможности воспользоваться предлагаемыми ему готовыми нормами права, общество вынуждено установить ихъ. „Будетъ ли то дѣйствительное творчество, или только познаніе самобытно существующей системы“, правообразованіе „всегда соединено, какъ съ непремѣннымъ условіемъ, съ извѣстной затратой психическаго труда“ [1]). Но кто-же именно затрачиваетъ этотъ трудъ, кто „въ потѣ лица“ отыскиваетъ свое право? Говорили прежде *народъ какъ цѣлое*, позднѣе—*индивидуальность*, наиболѣе рѣзко обозначенная. Мы не остановимся въ одиночествѣ, сказавъ, что ни тѣ, ни другіе не правы: трудится народъ какъ *совокупность личностей*. Народный духъ, изъ самаго себя открывающій право, не можетъ удовлетворить дѣйствительному желанію понять процессъ образованія обычнаго права, не можетъ—ибо существуетъ, только какъ метофора. Но и поправки, внесенныя въ ученіе исторической школы, не содержатъ всей истины; опѣ перешли въ другую крайность, и произволъ болѣе рѣзко очерченной индивидуальности сталъ законодателемъ древности, какъ творецъ обычнаго права. „Обычная норма не дается непосредственно; ее надо *найти* и *убѣдить* другихъ въ ея необходимости“ [2]): ищетъ индивидуальность, она же убѣждаетъ пассивную массу.

Прежняя точка зрѣнія ошибочно принимала *метафору* за дѣйствительность, новая даетъ объясненія, также вѣрныя лишь *фигурально*. Ей не слѣдовало упускать изъ виду три мысли, уже выска-

[1]) *Муромцевъ*—Очерки, стр. 232.

[2]) *Тамъ-же*—стр. 234.

занныя и примѣненныя проф. Вл.-Будановымъ [1]) при анализѣ процесса образованія обычнаго права, хотя третья лишь подразумѣваемо, въ качествѣ *предпосылки двухъ первыхъ*. Мысли эти таковы: 1) законы сознанія одинаково дѣйствуютъ во всѣхъ людяхъ; 2) условія жизни въ эпоху дѣйствія и образованія обычнаго права почти одинаковы для всѣхъ членовъ общества; 3) *индивидуальность еще не дифференцировалась, психическая организація всей массы населенія почти одинакова*. Сопоставленіе этихъ посылокъ съ раньше сказаннымъ приводитъ къ заключенію, что обычная норма образуется въ сознаніи каждой отдѣльной равноцѣнной въ психическомъ отношеніи личности подъ воздѣйствіемъ равныхъ причинъ—одинаковыхъ потребностей и условій жизни. Благодаря единству законовъ сознанія, въ каждой отдѣльной личности формируется тождественное пониманіе того, что̀ есть право. Этимъ путемъ въ народѣ, какъ совокупности отдѣльныхъ личностей, вызывается къ жизни общее для всѣхъ обычно-правное воззрѣніе, возникаетъ обычная норма, замѣняющая законъ.

Принимая такой взглядъ на происхожденіе обычнаго права, необходимо бы предупредить одно возраженіе, которое можетъ въ корнѣ подорвать все объясненіе. Единство законовъ сознанія, точнѣе ихъ равная власть надъ всѣми сознаніями, не подлежитъ оспариванію, по крайней мѣрѣ, насколько вообще признается закономѣрность въ природѣ человѣческаго духа. Сходство, часто полное, всей жизненной обстановки нашихъ предковъ вещь довольно безспорная. Но третья мысль, какъ сказано, является неизбѣжнымъ предположеніемъ всей системы. Дѣйствительно: какъ бы ни были однообразны причины и способъ ихъ дѣйствія, въ приложеніи къ разному матеріалу, разнымъ психическимъ организаціямъ, онѣ могутъ не дать сходныхъ результатовъ, и *общая для всѣхъ сознаній норма обычнаго права не будетъ создана*. Итакъ: вѣрна-ли третья посылка—въ самомъ-ли дѣлѣ люди въ ту эпоху столь однородны въ психическомъ отношеніи, какъ это предполагается? Сомнительно; между тѣмъ, признавая третью посылку, мы сохранимъ стройность объясненія. Но быть можетъ эта посылка излишня, все объясненіе останется нерушимымъ и безъ нея? Иногда это дѣйствительно высказываютъ: „*разные* люди при единствѣ

---

[1]) *Вл.-Будановъ*—Обзоръ, стр. 84.

интересовъ и сходствѣ условій жизни могутъ въ одинаковыхъ случаяхъ *поступать* одинаково"; то-же, понятно, приложимо и ко *взглядамъ* людей на правомѣрность поступковъ. Такъ говоритъ проф. Сергѣевичъ [1]). Но... необходимо рѣшиться и признать *логическую несостоятельность* этой его мысли. „Разные" люди, конечно суть люди разной психической организаціи, разной психической цѣнности. Но не говоря уже о томъ, что у разныхъ людей лишь съ трудомъ можно допустить единство интересовъ, неужели же есть основаніе признавать, что *одинаковыя* причины („интересы", „условія жизни"), воздѣйствуя *одинаково* на *разныхъ* людей, дадутъ *одинаковые* результаты (поступки, правосозерцаніе)? Если позволить себѣ довольно тривіальное сравненіе, неужели изъ разной глины въ одной и той же печкѣ можно обжечь одинаковыя посудины? нѣтъ; конечно изъ одной выйдетъ фарфоровая ваза, а изъ другой развѣ что поливяный горшокъ. Думаемъ, что мы не ошибаемся въ этомъ пунктѣ и что указанная мысль пр. Сергѣевича не вѣрна. Третья сомнительная посылка по прежнему остается опорой всего принятаго объясненія обычнаго права, объясненія, которое нужно считать все-же гораздо болѣе совершеннымъ нежели всѣ прежнія и которое, если мы вѣрно понимаемъ, заключается въ „Обзорѣ" пр. Вл.-Буданова [2]).

γ) **Санкція обычнаго права.**—Итакъ: право обычное коренится въ сознаніи каждой отдѣльной личности. Во всѣхъ сознаніяхъ обычное правосозерцаніе одинаково, но санкція его все таки въ личномъ сознаніи или вѣрнѣе въ сознательномъ воленіи лица—простое сознаніе не предполагаетъ еще такой интенсивности, при которой оно могло-бы вызвать волю къ дѣятельности, а для права необходимо проявленіе его, будь то формулированіе, сперва несовершенное, въ сборникахъ, вродѣ Русской Правды, или проведеніе въ жизнь путемъ гражданскихъ сдѣлокъ, помощью экономическаго оборота.

δ) **Вліяніе ея на характеръ обычнаго права.** И теорія несвободы „ряда", и теорія его произвольности признаютъ санкціей обычнаго права личное сознаніе, или сознательное воленіе, чтобы выразиться

---

[1]) Фраза печаталась трижды: „Опыты изл. обычн. права", стр. 87, „Лекціи и изслѣдованія" и „Лекціи" стр. 9.

[2]) „Обзоръ"—стр 84.

съ полною точностью; эта санкція, какъ мы видѣли, соотвѣтствуетъ и вѣрному объясненію образованія обычаевъ. Насколько же такая санкція вліяетъ на свободный или несвободный характеръ обычнаго права: есть-ли оно отраженіе произвола индивидуальности, или оно юридически необходимо? Говоря парадоксально, то и другое равно справедливо и равно ошибочно. Санкція обычнаго права имѣетъ совершенно своеобразный характеръ, а въ зависимости отъ нея и само обычное право и произвольно, и необходимо. Прежде всего безусловно вѣрно, что каждое данное правило обычнаго права есть полная юридическая необходимость, такъ какъ оно, какъ сознательное воленіе лица, есть лишь *частный случай общенароднаго воленія и убѣжденія*; это же послѣднее возникаетъ совершенно стихійно, ибо законы сознанія столь-же незыблемы, сколь незыблемы законы природы физической, и, какъ они, дѣйствуютъ непремѣнно. Но рядомъ съ этимъ вѣрно и то, что только личное сознаніе, сознательное воленіе, заложенное въ каждую отдѣльную личность, отдѣльную единицу общественной суммы, служитъ опорой обычаю, а это сознаніе совершенно свободно отъ какого бы то ни было внѣшняго ограниченія, такъ какъ общая необходимая норма есть все-таки *субъективная норма и держится только на личномъ сознательномъ воленіи*; послѣднее въ своемъ образованіи зависитъ отъ общихъ условій и свободно столько же въ жизни вообще, сколько и въ сферѣ права; какъ въ правѣ, такъ и въ жизни вообще, оно зависитъ только отъ природы внѣшней и природы самого человѣка.

г) **Характеръ обычнаго права.** — Однимъ словомъ, обычное право укрѣплено на такой почвѣ, при наличности каковой нельзя говорить, что обычное право произвольно, или что оно юридически необходимо: *ни „юридической необходимости“, ни „субъективнаго произвола“ въ эпоху дѣйствія нормъ обычнаго права не существуетъ.* Въ ту эпоху личное сознаніе и воленіе, сходное до тождественности во всѣхъ индувидахъ, и есть сама юридическая необходимость, *объективная норма, санкціонированная единственно субъективно.* Право еще очень трудно отличить отъ совѣсти; оно носитъ нравственную окраску. Но не слѣдуетъ забывать, что все, исполняющее функцію права, и есть само право [1]). Кромѣ того, нравственное велѣніе совѣсти ставитъ себя въ

[1]) *Іеринъ*—Духъ римскаго права, т. I, стр. 42.

связь съ предписаніями религіи, обычное право исходитъ изъ житейскихъ интересовъ, и ихъ удободостижимость служитъ безмолвнымъ оправданіемъ его требованій.

д) „**Произвольность ряда**".—Если все это такъ, то и смыслъ выбора наслѣдниковъ въ „рядѣ" Р. Пр. состоитъ не въ произволѣ отца или въ несвободѣ выбора. Все, что мы имѣемъ въ ст. 105 Кар.,—это *замѣтку о существующемъ взглядѣ обычнаго права*; поэтому тутъ не нужно искать ни субъективнаго произвола, ни юридической необходимости. Пока дѣйствуетъ обычай, рядчикъ выбираетъ наслѣдникомъ *кого онъ хочетъ*, но выборъ его *не долженъ обойти* законныхъ наслѣдниковъ, такъ какъ на это нѣтъ позволенія въ обычаѣ, коренящемся въ личномъ воленіи самого рядчика. Выводъ парадоксальный, но не по существу.

е) **Правоспособность наслѣдника по ряду.** — Ему не противорѣчитъ, понятно, и полное отсутствіе въ источникахъ указаній на то, чтобы были какія либо лица, въ пользу которыхъ вообще не дозволялось составить завѣщаніе [1]). Но по „ряду" всегда переходило имущество, хотя и не оно одно; поэтому отказать его съ пользой можно было конечно лишь тому, кто имѣлъ право владѣть имъ [2]). Но это уже относится не къ ученію о правоспособности наслѣдника по „ряду", а къ правамъ его на пріобрѣтеніе имуществъ, на полученіе ихъ между прочимъ и по завѣщанію [3]).

4) **Древность ряда.**—Считая древнее завѣщаніе —„рядъ"—проявленіемъ обычнаго права, нетрудно теперь рѣшить, какой порядокъ наслѣдованія древнѣе въ Россіи: завѣщательный или законный? Какъ извѣстно, объ этомъ въ литературѣ есть два мнѣнія. Одни вслѣдъ за Неволинымъ принимаютъ исконнымъ завѣщательный порядокъ и считаютъ, что онъ предшествовалъ наслѣдованію по закону—обычаю; другіе держатся обратнаго взгляда. Изъ вышеприведеннаго объясненія обычнаго права слѣдуетъ, что вопросъ этотъ неправильно поставленъ: нельзя говорить о предшествованіи того или другаго порядка наслѣдованія. Возникая въ исторіи, оба порядка являются *вмѣстѣ*

---

[1]) *Неволинъ*—l. c. т. III, стр. 295.

[2]) *Полежаевъ*—l. c., стр. 28; *Неволинъ* l. c., стр. 296.

[3]) *Тамъ-же* у Неволина и Полежаева.

сначала какъ инстинктъ; постепенно проростая сознаніемъ и обособлялись, они достигаютъ къ нашимъ днямъ значительной противоположности. „*Рядъ*“ *есть тотъ-же обычай, только высказанный, а не подразумѣваемый*, и въ эпоху, когда уже существуетъ обычное наслѣдованіе, существуетъ и „рядъ“, и обратно. Одновременность возникновенія „ряда“ и обычнаго наслѣдованія, вытекаетъ, говоримъ, изъ вышеприведеннаго объясненія обычнаго права; ту-же одновременность можно вывести и изъ признанія пр. Будановымъ тождества обоихъ порядковъ наслѣдованія: отъ тождества въ существѣ—прямое заключеніе къ одновременности ихъ возникновенія.

5) **Содержаніе ряда, главное.**—Относительно содержанія ряда было найдено только то, что „рядомъ“ передается наслѣдственная масса, „домъ“; но Рус. Правда говоритъ, что отецъ дѣлитъ этотъ домъ между наслѣдниками. Теперь уже можно понять, въ чемъ состоитъ этотъ дѣлежъ. Коль скоро отцу наслѣдуютъ дѣти (обычные наслѣдники) и при томъ наслѣдованіе по ряду и обычаю тождественны, то *подъ раздѣломъ дома* подразумѣвается *распредѣленіе наслѣдственной массы такимъ образомъ, какъ то требуется въ обычномъ правѣ, санкціонированномъ личнымъ сознательнымъ хотѣніемъ отца*. Возможно, что обязательственныя права переходятъ подразумѣваемо; болѣе вѣроятно, что въ рядъ вносилась о нихъ оговорка.

У Попова, основателя теоріи несвободы ряда, довольно спутанная терминологія: говоря въ одномъ мѣстѣ о дѣленіи *наслѣдства*, онъ въ концѣ статьи дѣлаетъ выводъ: „такъ завѣщаніе опредѣляетъ части *имущества* каждому изъ наслѣдниковъ“. Но если подъ дѣленіемъ наслѣдства, которое онъ считаетъ юридической стороной завѣщанія [1]), онъ разумѣетъ дѣлежъ наслѣдственной массы, то онъ совершенно правъ, и его объясненія не противорѣчатъ предыдущимъ. Онъ говоритъ: „воля завѣщателя въ отношеніи раздѣла, вѣроятно, была неограничена—онъ по произволу назначалъ части“ [2]); эта мысль вѣрна даже въ примѣненіи къ раздѣленію „дома“, какъ наслѣдственной массы, но терминъ „неограниченъ“ нужно понимать согласно характеру обычнаго права; дѣйствительно воля отца ни чѣмъ не ограничена кромѣ

---

[1]) *Поповъ*—l. c., стр. 29, 111.

[2]) *Тамъ-же*—стр. 19, 4, 22, 1.

требованій обычнаго права, въ свою очередь держащихся исключительно благодаря его желанію.

Конечно, при нѣкоторой неясности постановленій Рус. Правды, возникаютъ различныя мнѣнія о порядкѣ законнаго—обычнаго наслѣдованія въ ту эпоху; одни изслѣдователи признаютъ общій для всего народа порядокъ обычнаго наслѣдованія, другіе находятъ различіе между наслѣдованіемъ боярамъ и наслѣдованіемъ смердамъ, у третьихъ, благодаря неясности изложенія, выходитъ чуть не три порядка наслѣдованія [1]). Но отысканіе правильнаго пониманія статей 103 и 104 Кар. не входитъ въ нашу задачу. Для нашей цѣли достаточно было показать, что *наслѣдство на дѣлѣ и по праву распредѣляется „рядомъ“ между наслѣдниками обычными и въ размѣрѣ обычнаго наслѣдованія.*

Нерѣдко говорятъ, что наслѣдованіе по закону въ древности представляется дополнительнымъ къ наслѣдованію по завѣщанію, такъ какъ наступаетъ тогда, когда нѣтъ завѣщанія; подобное замѣчаніе проскальзываетъ и у Неволина [2]). Но оно не даетъ ничего для пониманія ряда: очевидно, что одинъ порядокъ наслѣдованія взаимно дополняется другимъ; нѣтъ завѣщанія—наслѣдство переходитъ по силѣ обычая, дѣйствіе котораго, не парализуясь, отходитъ по внѣшности на второй планъ, когда отецъ даетъ рядъ дѣтямъ.

6) **Неглавное содержаніе ряда.**—Итакъ, *рядъ есть актъ перехода наслѣдства отъ домохозяина къ дѣтямъ по его волѣ, какъ санкціи правилъ, на этотъ счетъ данныхъ въ обычномъ правѣ.* Отправляясь отъ этого, пока неполнаго, опредѣленія ряда, которое однако заключаетъ въ себѣ его главныя черты (наслѣдодатель, наслѣдники, главная часть имущественнаго содержанія ряда), можно уяснить и побочныя части содержанія ряда: выдѣлъ женѣ, легаты, освобожденіе рабовъ и проч. предметы „ряда“ по Р. Правдѣ.

а) **Выдѣлъ женѣ.**—Указанія на выдѣлъ части женѣ въ источникахъ попадаются въ изобиліи. Ст. 106. Р. Пр. прямо говоритъ о части, которую на жену мужъ возложилъ; ст. 114: „материя часть дѣтемъ не надобѣ“; ст. 115 упоминаетъ о матери, которая, „свою часть

---

[1]) Сводъ мнѣній см. у *Цитовича* въ вышеназванномъ сочиненіи о наслѣдованіи.

[2]) „Ист. гр. зак.“—т. III, стр. 294.

вземше, сидитъ". Что касается права вдовы на полученіе этой части, то и здѣсь право требованія существуетъ для вдовы лишь постольку, поскольку оно признается обычнымъ правомъ, а съ тѣмъ вмѣстѣ признано ея умершимъ мужемъ. Слова Куницына: „мужъ можетъ назначить женѣ часть изъ своего имущества какую за благо разсудитъ" [1]) выражаютъ истинное положеніе дѣла; но все, что тутъ можетъ сдѣлать мужъ, въ то-же время предписывается обычнымъ правомъ. Часть вдовы, соотвѣтственно характеру обычнаго права, не есть указная часть; но несомнѣнно, что мужъ всегда отдѣлялъ женѣ часть имущества и долженъ былъ это дѣлать согласно обычаю. Материя часть была выдѣломъ *опредѣленнаго количества вещей, а не долей наслѣдства*, какъ безъ обиняковъ о томъ свидѣтельствуетъ ст. 106 Кар.: „а задни́ца ей мужьня не надобѣ".

б) **Часть „по души"**.—Подобнымъ образомъ слѣдуетъ толковать и правило „на самаго часть дати по души". Отецъ можетъ, если хочетъ, назначить нѣкоторыя имущества и другимъ лицамъ кромѣ жены, какъ напримѣръ церкви на поминъ души; онъ всегда такъ долженъ поступать согласно обычаю. Наружная парадоксальность такихъ фразъ объясняется тѣмъ, что приходится пользоваться терминологіей, которая не въ силахъ выразить сущность чуждаго современному юридическому мышленію обычнаго права. Возможно, что послѣднему обстоятельству нужно приписать такую мысль пр. Вл.-Буданова: „отецъ можетъ назначить часть имущества церкви, что обратилось *скоро* (?) въ обычай-законъ" [2]). Если „*всѣ* поступаютъ одинаково не по силѣ подражанія, а *одновременно и повсюду*, по силѣ дѣйствія одинаковаго чувства", а „на второй ступени право проникается сознаніемъ..., то, что́ есть, превращается въ то, что должно быть" и „сознаніемъ освящаются тѣ-же самыя нормы, которыя" (одновременно и повсюду) „были уставлены природою"; такимъ образомъ „личная творческая дѣятельность въ правѣ совершенно сливаются съ общественною" [3]): то ни о какомъ „скоро", ни о какой разновременности возникновенія нормы обычнаго права сначала въ сознаніи одного и нѣкоторыхъ, а потомъ

---

[1]) *Куницынъ*—назв. соч., стр. 70 и 83.

[2]) „Христоматія"—I, стр. 72.

[3]) „Обзоръ"—стр. 84.

въ сознаніи и волѣ остальныхъ, не можетъ быть и рѣчи. Впрочемъ, въ мысли пр. Буданова можетъ быть виновата и не спутанная терминологія, а недостатки его объясненія процесса правообразованія; на главный мы уже намекнули раньше: направляя все вниманіе на созидательную въ правѣ дѣятельность шаблонной *личности* и ихъ совокупности народной массы (дѣятельность, несомнѣнно существующую въ ту эпоху), не обращается должнаго вниманія на значеніе болѣе рѣзко отмежеванной, обособившейся *индивидуальности*, (вліянія которой также нельзя отрицать). Но критика мнѣній о силахъ, образующихъ обычное право здѣсь, и неумѣстна, да и стоимъ мы подлѣ самого перѣшеннаго вопроса о „роли личности въ Исторіи". Возвращаемся къ „ряду".

в) **Отпускъ на волю.**—На очереди освобожденіе рабовъ по завѣщанію. Уже не касаясь правъ отца на такое распоряженіе, достаточно, мы бы хотѣли думать, понятныхъ изъ предыдущаго, отмѣтимъ только, что отпускъ на волю въ этой формѣ существовалъ съ древнѣйшихъ временъ. Извѣстно, что въ Уставѣ Владиміра „о церковныхъ судѣхъ" упоминается „задушный человѣкъ". Задушный человѣкъ —вольноотпущенный по духовной [1]). Свидѣтельство устава, при всей сомнительности въ подлинности Церковныхъ Уставовъ вообще, не можетъ быть заподозрѣно для даннаго случая: въ уставѣ не за чѣмъ было нормировать явленія, въ жизни и практикѣ не существовавшія— это оказалось бы ни къ чему не пригоднымъ изобрѣтеніемъ.

7) **Форма ряда.**—Другихъ частей содержанія „ряда" нельзя возстановить. Поэтому остается опредѣлить способъ и форму совершенія „ряда". Утверждаютъ, что древнія духовныя завѣщанія были совершаемы словесно. Сохранившіяся объ нихъ извѣстія въ лѣтописяхъ положительно убѣждаютъ въ этомъ Неволина [2]). Кромѣ того по смыслу ряда и выраженіямъ ст. 105 Кар. эта словесная форма совершенія ряда допустима; но правильнѣе всего сказать, что изъ Русс. Правды вовсе не видно, въ какой формѣ дѣлался „рядъ": отецъ раздѣляетъ „домъ", но словесно или письменно, при свидѣтеляхъ или безъ нихъ, и проч.—все это остается темнымъ, пока мы пользуемся одной Рус.

---

[1]) *Вл.-Будановъ*—Христоматія I, стр. 214.

[2]) *Неволинъ*—l. c., стр. 298.

Правдой. Неволинъ о формѣ „ряда“ говоритъ очень осторожно: „въ пространной Р. Правдѣ вообще предполагаются завѣщанія словесныя“; того-же мнѣнія Полежаевъ [1]), Кранихфельдъ [2]) и другіе. До ознакомленія съ другими источниками мы не утверждаемъ, были-ли въ ходу письменныя духовныя завѣщанія въ смыслѣ „ряда“ въ эпоху Русск. Правды, или существовалъ только словесный „рядъ“.

**Выводы.**—Разсмотрѣнные источники не фиксируютъ большаго количества правовыхъ положеній; тѣмъ не менѣе, сводя къ мѣсту все сказанное, мы получаемъ, во 1-хъ, нѣкоторое представленіе о „рядѣ“ по Р. Правдѣ. Форма ряда мало извѣстна; по въ своей сущности и содержаніи рядъ есть актъ передачи наслѣдства домохозяиномъ наслѣдникамъ, избираемымъ его волею въ согласіи съ требованіями обычнаго права, которое въ свою очередь санкціонируется только субъективно. Какъ главная часть ряда: выборъ наслѣдника и передача ему наслѣдственной массы, такъ и не главныя: выдѣлъ женѣ, выдѣлъ части по душѣ, отпускъ рабовъ на волю,—свободно опредѣляются рядчикомъ, но неизбѣжно въ согласіи съ обычаемъ о рядѣ, возникающимъ одновременно съ наслѣдованіемъ безъ завѣщанія. Во 2-хъ, у насъ оказывается возможность отвѣтить на давно поставленное возраженіе пр. Вл.-Буданова противъ наличности субъективнаго произвола въ распоряженіи матери, которое было признано нами дареніемъ на случай смерти; возраженіе состояло въ томъ, что вообще въ рядѣ субъективный произволъ ограниченъ какъ для отца, такъ, *слѣдовательно*, и для матери (ибо по словамъ проф. Вл.-Буданова и мать въ ст. 114 дѣлаетъ „*рядъ*“). Если мать и „рядитъ“, то для эпохи обычнаго права все равно ея распоряженіе не заключаетъ въ себѣ ни субъективнаго произвола, ни его ограниченія, а потому нельзя и утверждать, что мать *можетъ выбрать* наслѣдника *только* изъ дѣтей“ [3]). Да въ статьѣ 114 и не высказанъ такой обычай, чтобы мать непремѣнно надѣляла дѣтей, и пр. Сергѣевичъ правъ, говоря, что мать можетъ и дочь устранить [4]). Послѣ этого мы окончательно отказываемся признать за распоряженіемъ матери значеніе

---

[1]) *Полежаевъ*—l. c., стр. 36—40.

[2]) *Кранихфельдъ*—l. c., стр. 151.

[3]) „Христоматія“—стр. 74.

[4]) „Лекціи“—стр. 642.

ряда, а прибавляя признаки, найденные раньше, мы по прежнему считаемъ распоряженіе матери (въ ст. 114 Кар.) дареніемъ на случай смерти [1]).

Слѣдовательно, рядъ, какъ актъ открытія и перехода наслѣдства, и дареніе на случай смерти—вотъ два ясно различенныхъ акта, которые извѣстны русскому обычному праву временъ пространной Р. Правды.

## § 2. „ОБРЯЖЕНЬЕ“ и „РУКОПИСАНЬЕ“.

1) **Обряженье.**—Пока еще нельзя судить о томъ, насколько воззрѣнія Рус. Правды на духовное завѣщаніе отличаются первоначальнымъ характеромъ; будутъ ли они зародышемъ дальнѣйшихъ усовершенствованій, будетъ-ли имѣть мѣсто дифференціація тестаментарнаго духовнаго завѣщанія? Дальнѣйшее разсмотрѣніе источниковъ откроетъ, конечно, многія новыя черты и покажетъ во-очію прогрессивное развитіе отъ формъ болѣе простыхъ къ болѣе сложнымъ и, какъ принято считать, болѣе совершеннымъ? Но это дѣло дальнѣйшаго; теперь еще полезно укрѣпиться въ исходномъ моментѣ, отнести институтъ духовнаго завѣщанія въ смыслѣ „ряда“ къ той или другой, по возможности точно опредѣленной исторической эпохѣ. Во времена Русской Правды „рядъ“ существовалъ. Русская Правда, какъ извѣстно, окончательно сложилась къ концу XIII в., ибо уже полностью внесена въ Кормчую конца этого вѣка. Но такъ-ли было до XIII вѣка—были-ли извѣстны Русскимъ завѣщанія до Р. Пр. и если да, то какія ихъ особенности?

Чѣмъ дальше мы проникаемъ въ глубь вѣковъ, чѣмъ ближе становимся къ началу Исторіи, тѣмъ меньше оказывается матеріала для сколько нибудь доказательныхъ сужденій; чаще всего приходится довольствоваться весьма несовершенными указаніями памятниковъ, народность, а иногда и подлинность, которыхъ не безусловно достовѣрны. Настоящій случай не составляетъ исключенія: тринадцатая статья договора Олега 911 года есть почти [2]) единственное мѣсто

---

[1]) *Энгельманъ* находитъ, что послѣ Судебниковъ дареніе совершалось иногда въ формѣ завѣщанія; но то было *послѣ* Судебниковъ. Онъ ссылается на А. Ю. № 110 гр. I, № 120 и др. („О пріобрѣт. собственности“ стр. 64).

[2]) Имѣемъ въ виду завѣщаніе Антонія Римлянина 1147 г.

письменности, по поводу котораго стоитъ еще разсуждать о духовныхъ завѣщаніяхъ до Р. Правды. Многочисленные изслѣдователи наперерывъ стремились открыть въ ней искомое. Хавскій [1]) и Майстренковъ [2]), Турчиновичъ [3]) и Бѣлявъ [4]), Кранихфельдъ [5]) и Куницынъ [6]), кромѣ другихъ, болѣе извѣстныхъ, сходятся въ томъ, что уже въ X вѣкѣ Руссамъ были знакомы два порядка наслѣдованія, что ст. 13 Ол. дог. говоритъ о завѣщаніи, да еще и съ неограниченными правами завѣщателя; этою же статьею доказываютъ преимущественную древность завѣщательнаго наслѣдованія. И сейчасъ уже послѣднее утвержденіе рушится само собою; статья не можетъ быть больше, чѣмъ формулировкой русскаго обычнаго права, а если такъ, то вступаетъ въ силу все сказанное раньше объ одновременномъ возникновеніи обоихъ порядковъ наслѣдованія. Сказаннымъ прежде опровергается и, мнимая, неограниченность свободы завѣщателя по ст. 13 Ол. договора. Но спорнымъ остается существованіе завѣщаній въ X вѣкѣ. Кромѣ 13 ст., въ договорѣ 911 г. есть еще двѣ статьи, которыя иногда считаются относящимися къ наслѣдственному праву—но только по чистому недоразумѣнію. Изъ статьи, опредѣляющей мстителей за убійство, выводятъ, что та-же постепенность, какая опредѣляетъ кругъ мстителей, имѣла силу въ порядкѣ наслѣдованія; но какое же основаніе распространять уголовный принципъ на мирную область гражданскаго права [7])? Другая статья говоритъ: „Аще ли убѣжитъ створивый убоійство, аще есть имовитъ, да часть *его* сирѣчь *иже его будетъ* по закону, да возьметъ ближній *убьенаго*“ [8]); по договору Игоря она повторена почти дословно: „аще ли ускочитъ сотворивый убой и убѣжитъ, аще будетъ имовитъ, да возмуть *имѣнье его* ближьнін *убьенаго*“ [9]). Но очевидно же, что и это постановленіе

---

[1]) „О наслѣдствѣ“—стр. 7.

[2]) „Разсужденіе“—стр. 11 и 3-е положеніе.

[3]) „О позем. собственности“—стр. 35, 32.

[4]) „Наслѣдство безъ завѣщанія“—стр. 8.

[5]) „Начертаніе“—стр. 150.

[6]) „Насл. пр. лицъ женск. пола“—стр. 66.

[7]) По объ уголовномъ характерѣ древняго „вещественнаго права“ см. *Морошкина* —„О постепенномъ образованіи законодательствъ“, стр. 29—39, 42, 57 и др.

[8]) Ст. 4, по изд. *Вл.-Буданова*—Христоматія I, стр. 3.

[9]) Ст. 13, по изд. *Вл.-Буданова*—Христоматія I, стр. 17.

опять имѣетъ намѣреніе опредѣлить наказаніе за убійство, а не порядокъ наслѣдованія: ближнимъ убитаго отдастся „часть“, принадлежащая убійцѣ, а не убитому. Кромѣ того, объ статьи молчатъ о завѣщаніи, а потому, если бы, закрывъ глаза, въ нихъ усмотрѣть наслѣдственное право, все-же онѣ для нашего вопроса не имѣли бы значенія; онѣ опредѣляли бы, какъ прежде отмѣченныя статьи Рус. Пр. о наслѣдствѣ послѣ бояръ и смердовъ, только обычную норму, которая хотя и равнозначительна выбору завѣщателя, но вступаетъ въ дѣйствіе своей силой лишь тогда, когда воля завѣщателя не выразилась; насъ же интересуютъ тѣ нормы, которыя имѣютъ цѣлью предусмотрѣть случай смерти съ завѣщаніемъ. Статья 13 Ол. дог., какъ многимъ кажется, относится именно къ этому случаю. Вотъ полный текстъ ея: „о работающихъ въ Грецѣхъ Руси у хрестьянскаго царя: аще кто умреть, не урядивъ своего имѣнья, ци и своихъ не имать да възратить имѣнье къ малымъ ближикамъ въ Русь; аще ли створитъ обряженіе, таковый възметъ уряженое его, кому будетъ писалъ наслѣдити имѣнье да наслѣдить е отъ взимающихъ куплю Руси отъ различныхъ ходящихъ въ Греки и удолжающихъ“ [1]).

Самъ договоръ, какъ извѣстно, заподозрѣнъ былъ въ подлинности, которая теперь, благодаря трудамъ Круга, Погодина, Самоквасова и другихъ основательно признается доказанной [2]). Другое дѣло національность его постановленій: объ ней и донынѣ мнѣнія очень разнорѣчивы. Достаточно сказать, что пр. Самоквасовъ считаетъ постановленія договоровъ чисто русскимъ правомъ [3]), пр. Сергѣевичъ—исключительно византійскимъ [4]), пр. Вл.-Будановъ — компромиссомъ двухъ разнокультурныхъ правъ, съ преобладаніемъ русскаго [5]). Никольскій признаетъ договоры памятниками византійскаго и скандинав-

---

[1]) Ст. 13, Христоматія—стр. 7.

[2]) См. особенно: *Самоквасова* Исторія русс. права, т. I, стр. 197 и *его-же* статью въ Варш. Универс. Изв. 86 г., кн. 6, стр. 1 („О договорахъ Рус. съ Греками“); *Вл.-Буданова*—Христоматія I, стр. 1 прим. 2; *Бѣляева*—Записка о договорахъ съ Греками (Изв. Имп. Ак. Н. по отдѣлу рус. яз. и словесности. Т. 1, стр. 319); *Лавровскаго*—„О византт. элементѣ въ договорахъ русскихъ съ греками“, стр. 42, 41 и др.

[3]) Курсъ I, стр. 227, 226 („согласованіе языческаго права съ христіанскимъ“).

[4]) „Лекціи“—стр. 40, 41, 47 и др.

[5]) „Обзоръ“—стр. 256.

скаго права въ ихъ взаимодѣйствіи [1]). Византійское вліяніе на языкъ договоровъ сдѣлалось даже предметомъ извѣстной монографіи Лавровскаго, гдѣ онъ получаетъ во многихъ случаяхъ [2]) возможность истолковать темныя мѣста договоровъ именно въ предположеніи этого вліянія. Въ частности, разсматриваемая статья отражаетъ византійское вліяніе не только въ языкѣ, но и въ самомъ содержаніи. По формѣ она неумѣлый переводъ съ греческаго, а по смыслу, по крайней мѣрѣ первая половина, буквальный переводъ правила XII таблицъ: si intestato moritur agnatus proximus familiam habeto. Не найдя подходящаго по смыслу русскаго выраженія преводчикъ замѣстилъ agnatus proximus черезъ „малымъ ближикамъ“; „только имѣя въ виду латинскій текстъ, можно понять совершенно необъяснимое выраженіе „ци своихъ не имать“ и противоположеніе этимъ своимъ какихъ то „ближиковъ“, говоритъ пр. Сергѣевичъ. Рѣшаютъ, что формула XII таблицъ попала въ договоръ, благодаря стараніямъ Грековъ дать законодательное постановленіе, которое самимъ Грекамъ могло казаться „соотвѣтствующимъ той степени развитія, на которой находились ихъ союзники“ [3]). Какъ бы тамъ ни было, статья носитъ явные слѣды греческаго вліянія. Пусть даже по греческимъ образцамъ вставлено и: „кому будетъ *писалъ наслѣдити* имѣнье, *да наслѣдитъ е*“. Мысль въ этихъ словахъ договора очень важная; на нее Никольскій не обратилъ достаточнаго вниманія, сказавши: въ договорѣ „прежде всего имѣется въ виду не наслѣдство, а сохраненіе, сбереженіе и доставленіе по принадлежности имущества умершаго на чужой сторонѣ“ [4]). Конечно и это играло не послѣднюю роль, въ чемъ легко убѣдиться, если вспомнить, что Руссамъ нужно было отстранить претензіи византійскаго фиска на остающееся безхозяйнымъ имущество ихъ собрата [5]). Но въ этомъ не единственный и не главный смыслъ статьи; *она ясно говоритъ о наслѣдованіи*: русинъ уряжаетъ свое имѣніе, по обряженью тотъ, кому онъ писалъ наслѣдити, наслѣдитъ е. Мы думаемъ, не для чего было и распространяться о какомъ то уряженіи,

[1]) „О началахъ“—стр. 211.

[2]) Напр. стр. 42 („свѣтлые бояры“), 124—125 („дружинне“) и т. д.

[3]) *Сергѣевичъ*—Лекціи, стр. 51.

[4]) „О началахъ“—стр. 224, 220, 221.

[5]) *Цитовичъ*—Исх. моменты, стр. 14—15, 17.

ображеніи, уряженномъ, не за чѣмъ было говорить „писалъ наслѣдити“, „наслѣдитъ“, если бы не желали установить догму наслѣдственнаго права; непонятно иначе и буквальное сходство статьи съ формулой XII таблицъ. А въ такомъ случаѣ спорить можно лишь о томъ, нормируетъ-ли ст. 13 только явленіе чуждой обѣимъ сторонамъ римской жизни, видно ли въ ней только греческое намѣреніе надѣлить руссовъ римскими законами, или и національное русское обычное право съ своей стороны внесло кое что въ содерженіе этой статьи?

Если задаться вопросомъ въ такой формѣ, то онъ, по нашему мнѣнію, не можетъ быть разрѣшенъ вполнѣ удовлетворительно. Но возможно воспользоваться статьею иначе, именно, попытавшись догадаться по ней: не было-ли знакомо Руссамъ въ ихъ домашней жизни нѣчто въ родѣ завѣщанія? Тогда выходитъ слѣдующее. Греки говорятъ о наслѣдствѣ, нормируютъ переходъ наслѣдства по обряженью, а Русскіе подписываютъ договоръ; не видимое ли дѣло, что они понимаютъ о чемъ говорится въ тринадцатой статьѣ? не ясно ли, далѣе, что тестаментъ въ томъ видѣ, какъ онъ представляется въ ст. 13, имѣетъ нѣкоторыя общія черты съ „уряженьемъ“, повидимому, бывшимъ въ употребленіи въ Руси? Эти общіе признаки обряженья и завѣщанія по ст. 13 таковы: по обряженью переходитъ наслѣдство; оно переходитъ къ „милымъ ближикамъ“ (родственникамъ), когда нѣтъ обряженія; когда обряженье сдѣлано, наслѣдство получаетъ назначенный въ уряженіи наслѣдникъ. Кромѣ того статья даетъ охранительное правило о порядкѣ полученія наслѣдства, „отъ различныхъ ходящихъ въ Греки и удолжающихъ“. „Свои“ и „малые (иначе: милые) ближики“ противополагаются только въ правилѣ, а по сути дѣла свои и ближики одни и тѣ же лица; они находятся далеко отъ умирающаго, потому договоръ объ нихъ и упоминаетъ. Итакъ, будь они въ Греціи при умирающемъ, оставайся на Руси—наслѣдство все равно перейдетъ къ нимъ. Но для Грековъ было безразлично, кому достанется наслѣдство, разъ оно миновало ихъ руки, поэтому они ограничились краткимъ замѣчаніемъ: отдать тому „кому будетъ писалъ наслѣдити“. Русскіе же, держась въ отношеніи наслѣдованія простыхъ естественныхъ взглядовъ, знали, что наслѣдникомъ нужно выбрать „милаго ближика“. Такое правосозерцаніе Руссовъ открывается изъ ст. 13; обряженье, съ указанными чертами сходства съ

тестаментомъ XII таблицъ, кажется было знакомо Руссамъ въ ихъ домашнемъ обиходѣ.

Замѣчательно, что такое обряженье сильно напоминаетъ „рядъ“ Русской Правды: какъ рядъ, такъ и обряженье опредѣляютъ порядокъ наслѣдованія; это дѣлается волею завѣщателя; въ случаѣ отсутствія обряженья наслѣдство идетъ родственникамъ, обычнымъ наслѣдникамъ; наслѣдниками по завѣщанію, какъ и въ рядѣ, избираются они-же; наконецъ, термины „рядъ“ и „обряженье“ одного корня. *Всѣ существенные признаки ряда найдены въ обряженьи*; въ нихъ сходство обоихъ типовъ завѣщанія доходитъ до тождества. Отъ сходства въ главныхъ признакахъ можно, идя далѣе, заключить и къ сходству остальныхъ, менѣе важныхъ (выдѣлъ женѣ, часть по душѣ), и тогда ряда по смыслу и содержанію нельзя будетъ отличить отъ обряженья [1]). Аналогическіе выводы шатки, но лишь тогда, когда мы ставимъ въ счетъ несущественные признаки и стремимся отыскать существенные признаки сходныхъ явленій; но тутъ мы избѣгли этого недостатка: затѣмъ аналогія опирается здѣсь не на одинъ, а на нѣсколько признаковъ, что подкрѣпляетъ ее; сверхъ всего аналогія часто единственный методъ, которымъ можетъ воспользоваться историческое изученіе права. Спорные выводы не новость, а потому мы рискнемъ, не смотря на полную скудость и темноту источника, сказать, что *рядъ въ томъ приблизительно видѣ, какимъ онъ открывается изъ Р. Правды, существовалъ за много времени до нея*, и что *объ этомъ можно узнать именно изъ ст. 13 договора Олега 911 года*; по терминологіи договора рядъ названъ обряженьемъ. Итакъ, въ „обряженьи“ мы получаемъ уже для начала X вѣка пониманіе Руссами завѣщательнаго наслѣдованія. Такая характеристика обряженья не нова; и пр. Вл.-Будановъ считаетъ обряженье древнѣйшею формою завѣщанія [2]); но въ его сочиненіяхъ мы не встрѣтили подробнаго сопоставленія обряженья съ рядомъ. При томъ пр. Вл.-Будановъ говоритъ о ст. 13 такъ: „право договоровъ съ греками въ этой его части отнюдь не выражаетъ характерныхъ признаковъ древнѣйшаго рус-

---

[1]) *Бѣляевъ* называетъ ст. 13 „русскимъ закономъ о наслѣдствѣ“—„Лекціи по исторіи русс. законодательства“, стр. 80; Сходство обряженья и ряда мимоходомъ отмѣчено *Сахаровымъ* въ назв. соч. о формѣ завѣщаній, стр. 59, 55.

[2]) *Вл.-Будановъ*—Христоматія, т. I, стр. 8, прим. 14.

ского права“ [1]); оговоримся, что мы не утверждаемъ чего либо этому противоположнаго, такъ какъ выводъ объ обряженьи основанъ не на самомъ правовомъ содержаніи статьи, а на логическихъ заключеніяхъ отъ этого содержанія къ русскому праву.

Въ силу сказаннаго о 13 ст. догов. Ол. 911 г., мы не намѣрены исключать ее изъ числа источниковъ познанія древне-русскаго завѣщательнаго права; ихъ для той глубокой древности и безъ того не много. Другаго мнѣнія держатся въ нѣкоторыхъ новыхъ произведеніяхъ литературы. Напр., пр. Цитовичемъ высказано, что „договоры собственно для исторіи русскаго права ровно ни на что не годятся и по характеру, и по сбивчивости заключающихся въ нихъ постановленій“ [2]). Почти съ такимъ же недовѣріемъ къ договорамъ относится пр. Сергѣевичъ [3]).

Но мы еще не все разобрали въ 13 статьѣ: она говоритъ, что уряженье совершается письменно: кому будетъ *писалъ* [4]) наслѣдити, тотъ и беретъ уряженное его; какъ же отнестись къ этому сообщенію? Оно составитъ, такъ сказать, переходный мостъ къ изученію болѣе позднихъ источниковъ.

2) **Рукописанье.**—Отъ XIII вѣка сохранился одинъ документъ, въ которомъ, за исключеніемъ письменной формы, отпечатлѣлся „рядъ“ Русской Правды со всѣми его особенностями. Это „рукописанье“ новгородца Климента. Интересъ акта такой древности тѣмъ болѣе великъ, что другія дошедшія до насъ подлинныя завѣщанія, носящія при томъ и особенное наименованіе „духовныхъ („душевныхъ“) грамотъ“, а не „рукописанія“, не старѣе XIV вѣка, второй четверти его. Въ лѣтописи, правда, занесены немногія и болѣе древнія завѣщанія: духовное завѣщаніе митрополита Константина—о погребеніи его тѣла—не имѣетъ юридической цѣнности; „первый примѣръ и образецъ письменнаго завѣщанія—духовная преподобнаго Антонія Римлянина 1147 г., два духовныя завѣщанія князя Владимира

---

[1]) „Обзоръ“.—стр. 407.

[2]) „Исходные моменты“—стр. 20.

[3]) „Лекціи“ - стр. 37 и др.

[4]) *Сахаровъ* на основаніи этого слова прямо допускаетъ письменный рядъ—l. c., стр. 56.

Васильковича..." [1]); но всѣ эти завѣщанія принадлежатъ лицамъ, находившимся не въ заурядномъ положеніи; для нихъ могъ существовать и особый порядокъ письменнаго завѣщанія, отрицать это, пока, еще невозможно. Гораздо вѣрнѣй будетъ обратиться къ подлинной духовной Климента: рукописанье оставляетъ просто „рабъ божій Климятъ", человѣкъ хотя и состоятельный—отдастъ „два села съ обильемь.... и съ борътью, и съ малыми селищи и пьнь, и колода одерьнь святому Гергью", но человѣкъ, такъ сказать, не чиновный, рядовичь. Только духовное завѣщаніе-ли этотъ актъ: „*даю* святому Гергью и игоуменоу Варламоу и всей братьѣ, *что взялъ есмь* 20 гривенъ серебра на свои роукы отъ святого Гергья, было ж бы ми чимъ *заплатити*", „даю *за все то*" и т. д.; не расплата ли это съ кредиторомъ? Нѣтъ; ибо, какъ правильно замѣчаетъ пр. Вл.-Будановъ, „отказанное монастырю имущество далеко превышаетъ долгъ ему завѣщателя" [2]); *рукописанье имѣетъ въ виду посмертное преемство*: „хотя подо мною что останѣться.... то все даю святому Гергью"— „всякое имущество, прямо непоименованное въ завѣщаніи, тѣмъ самымъ ниспадаетъ на главнаго наслѣдника" [3]); наслѣдникомъ главнымъ избранъ монастырь: „того дѣля написахъ, за нъ да не было оу мене брата, ни сыноу"; перечисливъ передаваемыя наслѣднику имущества, новгородецъ выдѣляетъ легаты, опредѣляетъ, какое имущество пойдетъ женѣ, и наконецъ перещитываетъ долговыя требованія завѣщателя: „8 гривнъ възмите оу Фомы", и у другихъ „възяти" столько то. Точный пересказъ документа обнаружилъ всѣ извѣстныя намъ черты ряда, но прибавляетъ и не одну новую. Начнемъ съ извѣстнаго. Вообще же интересно убѣдиться, нужно-ли признавать рукописанье вторымъ *типомъ* духовнаго завѣщанія древней Руси; другими словами—много-ли новаго находимъ мы въ немъ сравнительно съ рядомъ, особенности котораго намъ извѣстны.

Рядчикъ не могъ обойти обычныхъ наслѣдниковъ: подобной неправды не санкціонировала бы его личная сознательная воля—и Климентъ только потому избираетъ преемникомъ монастырь—лицо при

---

[1]) *Неволинъ*—l. c., III, стр. 298, 299.

[2]) Христоматія—I, стр. 121 прим.

[3]) *Тамъ-же* — стр. 122, прим. 8; Актъ напечатанъ и комментированъ на стр. 121—123.

томъ юридическое,—что у него не было „милыхъ ближниковъ“—ни брата, ни сына; при отсутствіи родныхъ наслѣдниковъ завѣщатель хочетъ распорядиться въ пользу посторонняхъ—въ настоящемъ случаѣ въ пользу монастыря, что, конечно, допускалось обычаемъ. Если таково сходство въ выборѣ наслѣдника по ряду и по рукописанію, то можемъ ли мы признать, что „духовная за не имѣніемъ наслѣдниковъ по закону сближается по своему значенію съ тестаментомъ“ [1])? Ни подъ какимъ видомъ: случай назначенія наслѣдникомъ св. Гергья (монастырь) ни чѣмъ не отличается отъ ряда въ пользу сына: то и другое назначеніе наслѣдника допускалось обычаемъ, и тому и другому воля личности давала свою санкцію. Разумѣется, завѣщатель избираетъ наслѣдникомъ роднаго, но если таковаго не имѣется—одна норма обычнаго права не можетъ осуществиться—„все дѣтямъ“ и подобныя не имѣютъ силы—домохозяинъ передаетъ наслѣдство, согласно другой нормѣ обычая, монастырю; онъ хочетъ въ нашемъ случаѣ избрать наслѣдникомъ монастырь: обычай, живущій въ его личномъ сознаніи и поддерживающійся его личнымъ воленіемъ, позволяетъ завѣщателю распорядиться и въ пользу монастыря. Но полное сходство съ рядомъ, а вмѣстѣ все отличіе отъ тестамента, выступаетъ тогда, когда мы предложимъ себѣ вопросъ, съ перваго взгляда совсѣмъ разрушающій наши объясненія и ставящій насъ въ противорѣчіе съ прежде сказаннымъ: будь у Климента наслѣдникъ обыкновенный, законный сынъ, напримѣръ,—могъ ли бы Климентъ устранить сына и записать наслѣдство монастырю? Мы бы должны, по видимому, отвѣтить могъ, такъ какъ назначеніе нанаслѣдника во власти завѣщателя? Но сколь бы страннымъ это ни показалось, а мы не колеблясь скажемъ: *не могъ*; только это вовсе не значитъ, что завѣщатель былъ несвободенъ въ выборѣ наслѣдника, что онъ былъ связанъ „юридическою необходимостью“; „юридической необходимости“ не существуетъ въ то время, когда дѣйствуетъ обычное право, санкція котораго въ личномъ сознаніи каждаго; тогдашняя несвобода и необходимость—только природная, подобная несвободѣ падающаго камня, текущей рѣки,—думающаго и волящаго человѣка, не болѣе. Климентъ, понятно, не могъ ни на фактѣ, ни по праву обойти своихъ дѣтей вопреки,

[1]) *Вл.-Будановъ*—Христоматія I, стр. 121.

не говоримъ отцовскому влеченью—не въ немъ дѣло, а вопреки своему обычно-правному воленію. Слѣдовательно, какъ по ряду, такъ и по рукописанію должны наслѣдовать, пока они есть, ближайшіе законные наслѣдники; они наслѣдуютъ и свободно, и въ то же время необходимо, точно также наслѣдуютъ и дальнѣйшіе, монастырь напр. Въ чемъ же тутъ сходство рукописанія съ тестаментомъ? Въ тестаментѣ, какъ это обыкновенно признается, проявляется произволъ субъективный, произволъ необузданной индивидуальности; его рѣшительно нельзя найти ни въ рядѣ, ни въ рукописаньи; и рядъ, и рукописанье порожденія обычнаго права; они постольку произвольны, поскольку произвольно обычное право и постольку же необходимы. Сближенія „по своему значенію“ рукописанья, при отсутствіи родныхъ наслѣдниковъ, съ тестаментомъ—нѣтъ. Сближенія этого нѣтъ даже въ смыслѣ факта перехода имущества не къ исходящимъ, наслѣдникамъ по закону, а къ постороннимъ лицамъ—такъ какъ у Климента законныхъ наслѣдниковъ не оказалось, а потому и въ чисто фактическомъ смыслѣ они не могли быть обойдены. Не находя сходства въ выборѣ наслѣдника новгородцемъ и римлянином, мы за то сближаемъ въ этомъ отношеніи рукописанье съ рядомъ Р. Правды.

Сходство „рукописанья“ съ „рядомъ“ обнаруживается и въ переходящихъ по рукописанью правахъ. „Рядомъ“ передается наслѣдство, какъ совокупность всѣхъ имущественныхъ правъ домохозяина—и рукописанье дѣлаетъ то же самое; въ переходѣ всѣхъ имущественныхъ правъ рукописанье убѣждаетъ несомнѣнно: 1) въ немъ перечисляются вещныя права, получаемыя наслѣдникомъ, 2) требованія по обязательствамъ, 3) въ самомъ началѣ рукописанья завѣщатель ясно высказалъ свой обычноправный взглядъ на переходъ долговъ умершаго на его наслѣдника по завѣщанію; именно такъ слѣдуетъ понять его фразу: „даю... что взялъ 20 гр. .. было-жъ бы ми чимъ заплатити“; здѣсь такъ и „слышится“—„а кто его задьнйцю възметь тътъ и гостиный тъваръ дасть“, если „не расплативъся поидѣть къ Богови“ [1]). Совпаденіе кредитора и наслѣдника въ одномъ лицѣ не помѣшало правомѣрному взгляду Климента на переходъ долговъ закрѣпиться въ рукописаньи. Завѣщатель выразилъ въ рукописаньи мысль

[1]) Варьянтъ изъ договора съ нѣмцами; см. Христоматію, стр. 121, примѣчаніе.

о переходѣ долговъ на наслѣдника и иначе: „а про куны чимъ то ми ся было вамъ платити и т. д.“; онъ призналъ неразрушимость смертью обязательственныхъ отношеній по имуществу; объязательства не падали и при переходѣ наслѣдства по завѣщанію. Итакъ, *рукописанье передаетъ наслѣдственную массу.* Конечно это ни кѣмъ и не оспаривается. Изслѣдователи не согласны только въ томъ, зачѣмъ это завѣщатель перечисляетъ долги и требованія, если наслѣдованіе ихъ само собою подразумѣвается? Перечисленіе это мы находимъ и въ „духовныхъ грамотахъ“, завѣщаніяхъ послѣдующихъ временъ; удобно отложить объясненіе этого явленія до изученія духовныхъ.

А теперь разсмотримъ дальнѣйшія черты сходства ряда и рукописанья. Климентъ дѣлаетъ выдѣлъ женѣ: изъ скота она получаетъ половину „и дворъ городъскый еи-же“, но—подъ условіемъ постриженія въ черницы; а не пострижется, что представляется, конечно, только нравственной обязанностью вдовы, то „не будетъ голодна“, если и „нѣчто меншее дадите еи“. Повидимому, условное назначеніе женѣ совершенная новость; прежде обычное право предполагало, что мужъ безъ всякихъ задержекъ назначитъ „часть“ женѣ и, въ этомъ смыслѣ, назначитъ необходимо; а теперь... но что-же измѣнилось теперь? завѣщатель вѣдь не лишаетъ ее имущетва окончательно? нѣтъ: сдѣлать это онъ былъ-бы не въ силахъ—обычное право, живущее въ немъ самомъ, запретило бы ему подобную несправедливость; все, что онъ позволяетъ себѣ,—назначить поощрительную награду на случай, если условіе будетъ выполнено; тутъ онъ не идетъ противъ прежняго обычая: онъ отдаетъ, что слѣдовало, добавленіе въ его власти. Это добавленіе простая условная выдача, условный, скажемъ, легатъ. Нѣтъ указаній на то, чтобы условныя выдачи дѣлались раньше; но если и допустить, что онѣ не случались, то появленіе условнаго легата, не противорѣча прежнимъ обычаямъ, дополняетъ кругъ извѣстныхъ намъ юридическихъ фактовъ того времени; впослѣдствіи убѣдимся полнѣе въ дѣйствительномъ его существованіи. Засимъ имѣются и другіе легаторы, возможные и по ряду. Каликсту дается село съ огородомъ—недвижимое имущество; сыну Воина также „село, и пынь, и колоду, и съ бортьтью“; наравнѣ съ тѣмъ Самуилъ надѣляется лучшимъ боровомъ, а Владиславу дается сивый жеребецъ; другому лицу предоставляется на выборъ (и такъ значитъ позволялось): или щитъ, или жеребецъ. Недвижимость отказывается совершенно какъ и движимость

въ качествѣ настоящаго, неотягощеннаго долгами, легата. О легатахъ новаго мало. Оформулированъ въ рукописаньи обыкновенный мотивъ легата, незыблемо сохранившій силу и до нынѣ: „то-же есть *не даромъ* далъ", а за прежнюю услугу („платили за мене (легатары) искупъ Литовскій").

Есть въ рукописаньи и вполнѣ незнакомыя черты. Во 1-хъ: „а свою жену *приказываю* игуменоу Варлаамоу и всеи братьи"; въ этихъ словахъ—зародышъ „печальника" и „прикащика" позднѣйшихъ духовныхъ—эмбріонъ душеприкащичества. Во 2-хъ, завѣщатель отдаетъ монастырю два села *одерень*—въ полную собственность; нужно допустить, что отказывали имущество и какъ-либо иначе, т. е. конечно, въ пользованіе-владѣніе.

И такъ, со стороны значеніе и содержанія, въ „рукописаньи" можно подмѣтить всѣ черты „ряда" и „обряженья"; но сверхъ нихъ есть немногія новыя, требующія и подтвержденія для обычнаго права той эпохи вообще, и объясненія: условный отказъ, зачатки душеприкащичества, пречисленіе долговъ и возможность назначенія наслѣдства-имущества въ пользованіе—владѣніе; само собою разумѣется, что вся формальная (письменная) сторона акта, который мы не затрогивали, также новая и остается на дальнѣйшее.

## § 3. „ДУХОВНАЯ".

Но уже на основаніи этихъ данныхъ позволительно-ли не признать „рукописанье" особеннымъ *типомъ* духовнаго завѣщанія? Отвѣтъ коротокъ: пока нѣтъ; однако существенныя черты рукописанья сходны съ характерными для ряда, а нѣкоторыя новыя, въ томъ числѣ вся формальная сторона, находятся и въ позднѣйшихъ „духовныхъ", камъ мы надѣемся показать; если же духовная, позднѣйшая, въ существенномъ близка къ ряду, то рукописанье есть духовная; когда мы убѣдимся въ этомъ, то можетъ оказаться, что *рукописанье, не есть дальнѣйшая ступень развитія „ряда"*. Матеріала въ источникахъ на этотъ разъ достаточно, даже вдвойнѣ, такъ какъ Псковская Судная Грамота окончательно издана въ 1467 году, подлинныя духовныя грамоты сохранились отъ двухъ вѣковъ до Пск. Суд. Грамоты (XIV и XV) и отъ болѣе чѣмъ двухъ вѣковъ послѣ нея: есть возможность пользоваться и сборникомъ „пошлины", и юридическими

сдѣлками. Почти ничего нельзя извлечь изъ Судебниковъ, немногое понадобится изъ источниковъ Литовско-Русскаго права, дѣйствіе же Эклоги и Прохирона—очередной вопросъ. Такъ какъ Судебники объявили законъ единственнымъ источникомъ права, что мало по малу стало прививаться въ жизни, по крайней мѣрѣ, одной части населенія, то передъ нашими глазами почти всѣ источники, съ помощью которыхъ нужно анализировать завѣщаніе по догмѣ древняго обычнаго права въ теченіе всего времени послѣ Рус. Правды вплоть до открытія законодательной эпохи и даже далѣе, почти до Уложенія, такъ какъ обычное право не сразу замѣнилось закономъ.

**1) Форма духовной.**—Форма всѣхъ сохранившихся „духовныхъ", вообще, одинакова. Возьмемъ ли мы любую княжескую духовную, или одну изъ новгородскихъ или двинскихъ духовныхъ (XIV и XV вѣка) [1]), или даже изъ временъ позднѣйшихъ Пск. Суд. Грамоты [2])—всѣ онѣ, какъ и „рукописаньс", начинаются призываніемъ Троицы, иногда съ нѣкоторымъ распространеніемъ; означеніе года есть только въ одной изъ извѣстныхъ грамотъ [3]). „Далѣе слѣдовало означеніе лица завѣщателя, болѣе или менѣе подробное, начинавшееся словами „се азъ рабъ Божій" или тому подобными; „потомъ большею частью слѣдуетъ: „пишу себѣ духовную память или подобное; иногда прибавлялось: „при своемъ животѣ", или: „отходя сего свѣта", или то и другое, а также присовокуплялось: „своимъ цѣлымъ умомъ и своимъ разумомъ"; такъ и въ духовныхъ князей, но въ „рукописаньи" Климента вступленіе короче. Заявленію о цѣломъ умѣ иногда предшествовало: „ни кимъ не нуженъ". Послѣ сего излагалось самое содержаніе завѣщанія [4]). Въ концѣ грамоты означались: духовный отецъ завѣщателя, всегда присутствовавшій при составленіи завѣщанія (такъ и въ княжескихъ духовныхъ); присутствіе духовнаго отца практиковалось, по всей вѣроятности, и въ XIII вѣкѣ; въ рукописаньи о немъ упоминается, хотя не совсѣмъ такъ, какъ въ духовныхъ: Климентъ говоритъ: „или кто почнетъ ся запирати того,.... а ты Варламе исправи". „Свидѣтели именовались послухами или говорилось, что „у

[1]) А. Ю. № 409 и др., напр. № 413, № 416.

[2]) Напр. А. до Ю. Б. № 80, IV;

[3]) *Полежаевъ* l. c. стр. 39; *Неволинъ*—III, стр. 300; *Кранихфельдъ*—стр. 151—152.

[4]) *Неволинъ*—тамъ-же.

духовной сидѣли такіе то мужи". Впрочемъ, кромѣ священника въ духовныхъ „весьма часто не поименовывались никакіе другіе свидѣтели" [1]); „въ духовной (рукописаньи) XIII не упомянуты свидѣтели" (т. е. кромѣ духовнаго отца), „не всегда упоминаются они и въ позднѣйшихъ духовныхъ" [2]). Вообще, число свидѣтелей, а можетъ быть и самая надобность ихъ, не установились опредѣленно ни въ позднѣйшее время, ни въ XIII вѣкѣ; число свидѣтелей бывало различное: и два [3]) (выключая отца духовнаго), и 5, наибольше 7, обыкновенно 4 или 5 [4]). Послѣ свидѣтелей обыкновенно именовался писецъ (исключая, разумѣется, когда завѣщатель писалъ собственноручно какъ Климентъ). Наконецъ изъяснялось, какою печатью грамота запечатана, „потому что какъ новгородскія, такъ и писанныя въ другихъ частяхъ Россіи духовныя удостовѣрялись привѣшенными или приложенными къ нимъ печатями" [5]). Въ заключеніе всей грамоты выставлялось заклятіе: „а кто сіе *рукописанье* переступитъ" и т. д.— слѣдовала угроза Страшнымъ Судомъ или тому подобное; Климентъ выразился иначе: „аже кто въступить на сю *грамоту*" и прочее; сами завѣщатили грамату духовную называютъ рукописаньемъ, а рукописанье—граматой, конечно, то и другое по способу составленія, по вѣроятно и по тождеству понятій обоихъ актовъ. Благодаря почти поголовной тогдашней безграмотности, не требовалось собственноручной подписи завѣщателя.

Формы духовныхъ, повидимому, не установились, какъ безуслов по необходимыя; но довольно много общихъ элементовъ находится во всѣхъ духовныхъ; а сходство формы духовныхъ и рукописанья наводитъ на мысль о сходствѣ духовной съ рукописаньемъ и по содержанію.

Но нельзя, далѣе, не замѣтить сходства формы княжескихъ духовныхъ со всѣми остальными; оно несомнѣнно наблюдается [6]). Фактъ

---

[1]) *Неволинъ*—l. c. стр 301.

[2]) *Сергьевичъ*—„Лекц. и изслѣдованія".

[3]) *Сахаровъ* выражается такъ: „даже два"—l. c., стр. 59.

[4]) *Полежаевъ*—l. c. стр. 39; *Неволинъ*—ibidem.

[5]) *Неволинъ*—тамъ-же.

[6]) *Бѣляевъ* — Наслѣдство безъ завѣщанія, стр. 55 и слѣд.; *Чичеринъ* — „Опыты" стр. 268.

становится совершенно понятенъ, если объяснить его съ точки зрѣнія полной частноправной уравнительности всей массы тогдашняго населенія Россіи. Князья имѣли столько же обычныхъ гражданскихъ правъ на духовную грамоту, сколько и остальной народъ. Какого бы взгляда мы ни держались на вотчинный характеръ государственной власти князей, примкнемъ ли мы къ мнѣнію проф. Чичерина, или послѣдуемъ за проф. Вл.-Будановымъ—все равно, у князей было большее или меньшее количество имуществъ, которыми они владѣли на частномъ правѣ; оставляя наслѣдство дѣтямъ или кому другому, они должны были распорядиться въ духовныхъ между прочимъ и частнымъ имуществомъ. Пусть князь завѣщаетъ „все что ему принадлежитъ совершенно на одинаковомъ основаніи“ [1]) (т. е. какъ частный вотчинникъ—что невѣрно), или благодаря уже ясному въ пониманіи князей различію селъ отъ уѣздовъ и волостей, онъ различаетъ наслѣдованіе государственное отъ частноправнаго [2])—въ обоихъ случаяхъ князь распоряжается въ духовной и какъ частное лицо. А разъ его духовная имѣетъ общеобычный отпечатокъ по формѣ, и съ тѣмъ вмѣстѣ мы видимъ увѣренность князя въ томъ, что онъ дѣйствуетъ по праву, значитъ никакой особенной формы совершенія духовной для князей въ эпоху дѣйствія обычнаго права не существовало.

**2) Лица завѣщающія.**—Право всякаго, въ томъ числѣ и князя, кому принадлежатъ требуемыя права, написать духовную подтверждается дошедшими до насъ подлинными духовными; ихъ составляютъ всѣ, „не исключая монаховъ, монахинь, монастырскихъ слугъ, крестьянъ [3]). Но завѣщатель долженъ былъ находиться въ здравомъ умѣ и твердой памяти и составлять завѣщаніе безъ всякаго при томъ принужденія“ [4]). Таковъ долженъ быть сдѣланъ выводъ о правоспособности къ совершенію духовной; онъ будетъ одинаково приложимъ и къ рукописанью XIII вѣка, когда мы удостовѣримся въ сходствѣ его съ другими духовными грамотами, а этихъ послѣднихъ между собою и

---

[1]) *Чичеринъ*—l. c., стр. 240.

[2]) *Вл.-Будановъ*—Христоматія II, стр. 3, прим. 4.

[3]) См. напр. духовную крестьянина Бородкина, цитируемую у *Тумасова* — l. c. стр. 39.

[4]) *Неволинъ*—III, стр. 294.

съ княжескими духовными, не только по формѣ, но и по содержанію и значенію.

3) **Главное содержаніе духовной.**—Какъ и въ рукописаньи, въ духовной назначается наслѣдникъ главный, обыкновенно исходящіе или жена съ исходящими; иногда назначается нѣсколько наслѣдниковъ въ разныхъ степеняхъ родства къ завѣщателю [1]). Въ порядкѣ изложенія имущественнаго содержанія, „новгородскія завѣщанія отличаются отъ написанныхъ въ прочихъ частяхъ Россіи: въ новгородскихъ завѣщатель сначала излагаетъ распоряженія о наличномъ имѣніи (какъ и въ рукописаньи Климента—новгородца), потомъ исчисляетъ долги его на другихъ лицахъ и долги другихъ на немъ [2]): „кому что дати и на комъ что взяти“ [3]); почти также говоритъ и Климентъ. „Въ заключеніе, говоритъ Неволинъ, обыкновенно стояло: а невиноватъ есмь никому ни чѣмъ развѣ Богу душою“ [4]). Изъ извѣстныхъ въ XIII в. и ранѣе явленій подтверждаются: существованіе отказовъ въ пользу разныхъ лицъ физическихъ и юридическихъ, распоряженіе о холопахъ и въ особенности отпускъ ихъ на волю; условныя распоряженія допускаются наравнѣ съ безусловными [5]).

4) **Не главное содержаніе духовной.**—а) „*Прикащики*“. Но пойдемъ далѣе. Климентъ приказываетъ жену свою игумену; сущность этого приказа выясняется до нѣкоторой степени въ душеприкащичествѣ по позднѣйшимъ духовнымъ. Самое наименованіе душеприкащиковъ „прикащиками“ твердо установилось. Такъ напр., говорится: „А *духовную приказываю* своимъ прикащикамъ“ [6]); потомъ: „*приказываю* (перечисляется имущество).... *жент* своей, на то свидѣтели и *прикащики*“ [7]); и еще: „а что мои люди страдны и *прикащики* мои тѣхъ людей отпустятъ на свободу; а приказываю дати и взяти и по

---

[1]) А. Ю. № 427.

[2]) *Неволинъ*—III, стр. 300.

[3]) Формула эта встрѣчается еще въ 1691 г.: А. до Ю. Б. № 84, IV, стр. 565; такъ же, для 1627 г., ibid. № 86, стр. 555, а равно А. Ю. № 423 (духовная 1608 и 1619 гг.) № 425 (1626 г.), № 426 (1656), и др.

[4]) *Неволинъ*—тамъ-же.

[5]) *Полежаевъ*—l. c., стр. 36; *Неволинъ*—III, стр. 296.

[6]) А. Ю. № 416 и др.; см. *Сергѣевича*—Лекціи, стр. 644.

[7]) А. Ю. № 409 IV, № 119.

душѣ поправить“ [1]). Всѣ эти выписки [2]) (онѣ не единичныя) взяты изъ духовныхъ XIV и XV вѣка, когда уже было видимо знакомо не только слово прикащикъ, но и самое понятіе. Тѣ-же цитаты кое что даютъ для его уразумѣнія. Имущество приказывается женѣ (наслѣдницѣ), а духовная „прикащикамъ“: паслѣдуетъ жена, а исполняютъ распоряженія духовной душеприкащики; они отпускаютъ людей на свободу, выплачиваютъ долги и взыскиваютъ по обязательствамъ въ пользу наслѣдодателя, т. е. по долговымъ требованіямъ наслѣдника, они-же отдѣляютъ подобающую часть на поминъ души [3]). Распорядительность—вотъ желательное качество для такого лица, которое вовсе не становясь собственникомъ отказаннаго наслѣдникамъ имущества, безотчетно приводитъ въ исполненіе волю завѣщателя и выполняетъ даже въ общей формѣ выраженныя имъ желанія. Примѣръ послѣдняго „по душѣ поправить“; такое распоряженіе прикащикъ приводитъ въ исполненіе по собственному усмотрѣнію, а между тѣмъ оно будетъ соединено съ утратой изъ имущества „большей или меньшей его части“, что опредѣляетъ душеприкащикъ, совсѣмъ будто онъ распоряжается своимъ собственнымъ имуществомо. Какъ же это понималось въ тѣ времена? Прежде всего не нужно забывать неясности юридическаго мышленія нашихъ прѣдковъ, а кромѣ того, что мы не выбрались еще изъ эпохи дѣйствія обычнаго права, а имъ тутъ все и объясняется: душеприкащикъ *по своей волѣ выдѣляетъ часть по душѣ* на поминокъ; но онъ дѣйствуетъ не по произволу, въ немъ живетъ обычное правосозерцаніе, онъ самъ держится взгляда обычнаго права на выдѣлъ по душѣ и *не можетъ преступить вельній, на этотъ счетъ данныхъ обычаемъ*; но опредѣленіе размѣра выдѣла въ то-же время не будетъ юридически необходимо: гарантія правильности выдѣла все таки въ личномъ произволеніи душеприкащика. Таково обычное право съ его несовершенствами. Душеприкащикъ—это другъ дома въ лучшемъ смыслѣ: онъ распорядится, а какъ—ему это подскажетъ обычай.

На прикащика можно положиться: онъ все сдѣлаетъ, какъ слѣдуетъ, и не можетъ сдѣлать иначе. Но что если захочетъ?.... Исходя

---

[1]) А. Ю. № 413.

[2]) См. также княжескія духовныя въ С. Г. Г. и Д. т. I.

[3]) Такимъ образомъ, *Мейеръ* былъ неправъ, говоря, что въ прежнее время главной обязанностью душеприкащика были заботы объ успокоеніи души умершаго“—Рус. гражд. право, стр. 760.

послѣдовательно изъ принятой выше теоріи обычнаго права, нужно отвѣчать, что онъ не можетъ захотѣть чего либо вопреки обычной нормѣ: она дѣйствуетъ во всѣхъ. Но даже если бы и была доказана возможность такого индивидуальнаго желанія душеприкащика, то и тогда есть способъ уклониться отъ разрушительнаго удара: обычное право для этого субъекта было бы принудительной нормой и, слѣдовательно, какъ обычное право для него бы не существовало, насъ же интересуетъ духовное завѣщаніе по обычному праву. Уклониться не значитъ отпарировать, для чего потребовалась, можетъ быть, перестройка всего до сихъ поръ болѣе вѣрнаго объясненія обычнаго права, и силъ его создающихъ. Можетъ быть пришлась бы сказать, что ни-духъ народа, ни творчество индивидуальности, ни трудъ личности— не даютъ дѣйствительнаго понятія о процессѣ образованія обычнаго права. Индивидуальность есть повивальная бабка самостоятельныхъ психическихъ родовъ личности!—вотъ въ какомъ направленіи приходится искать истину. Сократъ былъ бы главнымъ дѣлателемъ и на почвѣ обычнаго права, хоть и Сократамъ нужна почва..... Но и переходъ въ крайность (Іерингъ—Сергѣевичъ—Дювернуа—Муромцевъ) губителенъ: слѣпой подражательности массы недостаточно для образованія крѣпкаго понятія о томъ, что правомѣрно....

*б) Субституція.* Кромѣ сформировавшагося ко временамъ Пск. С. Граматы [1]) института душеприкащичества, зачатки котораго можно видѣть въ рукописаньи XIII вѣка, духовныя грамоты открываютъ намъ еще одно явленіе правовой жизни, совершенно новое и, можно сказать, таинственное, по спорности дѣла для нашихъ дней. Говоримъ о субституціи. Она несомнѣнно допускалась. Въ духовныхъ есть очень ограниченное число примѣровъ ея; врядъ ли случаи субституціи въ жизни были особенно часты [2])—онѣ не слишкомъ часты и теперь. Остаются малолѣтніе дѣти, и завѣщатель говоритъ: „или Богъ умыслитъ о дѣтѣхъ моихъ (наслѣдникахъ по этой духовной), ино брату Григорію половина въ животѣ моемъ, а другую половину

---

[1]) *Сергѣевичъ* („Лекціи“) упоминаетъ „прикащиковъ XVI в.“; почему только XVI,— если они уже назначались въ XIV и XV вѣкахъ?

[2]) *Гриневичъ*, основываясь на тѣхъ же данныхъ, думаетъ иначе („О субституціи“, стр. 9).

неспродати и вписать во всѣдневніи службы“ [1]); или въ ожиданіи рожденія постума, пишетъ: „а послѣ моей смерти родится у моей жены (наслѣдницы по этой духовной) сынъ ино отчина моя вся сыну моему“ [2]) наконецъ еще: въ случаѣ смерти наслѣдниковъ,—дѣтей отъ первой жены, „станки мои всѣ сыну моему Ивану“, который назначенъ дольщикамъ общаго наслѣдства. Это и всѣ данныя источниковъ [3]). Въ нихъ можно видѣть назначеніе наслѣдника наслѣднику, но какое: на случай неосуществленія первымъ наслѣдникомъ правъ по духовной, или настоящее подназначеніе наслѣдника, субституцію фидеикомиссарную?

Послѣдняя изъ трехъ цитированныхъ духовныхъ какъ будто предусматриваетъ случай, когда наслѣдники осуществили свои права: имущество передается субституціоппо брату сонаслѣднику; онъ дѣлается единственнымъ послѣ смерти другихъ дѣтей завѣщателя: тогда ему „станки всѣ мои“ сказано въ духовной—слѣдовательно, Иванъ получилъ, но не всѣ, часть получили другіе... но получили-ли они? это еще вопросъ—и по неясности выраженій, и по самому характеру духовной (актъ, разумѣется, пишется, когда наслѣдство еще не открылось, не то что не принято). Первая изъ цитированныхъ духовныхъ столь-же или еще болѣе темна. Вторая немного яснѣе; въ ней сказано прямо: если постумъ родится „послѣ мене“, т. е. послѣ смерти завѣщателя, послѣ открытія наслѣдства; завѣщатель, кажется, имѣлъ въ виду, что жена осуществитъ наслѣдственныя права ранѣе рожденія постума. Неволинъ и другіе находятъ въ духовныхъ только простую субституцію: на тотъ случай, „если бы первоначально назначенный въ наслѣдники почему либо не наслѣдовалъ въ имѣніи, могли быть въ завѣщаніи назначены въ наслѣдники другія лица“ [4]). Какъ на доказательство Неволинъ указываетъ только на одну духовную, изъ разобранныхъ самую темную: именно на ту, которою отдается половина движимости брату на случай смерти дѣтей [5]).

Если столь ограничены и неясны извѣстія о субституціи, то откуда же взято утвержденіе, что на практикѣ субституціи у насъ

---

[1]) А. Ю. № 409.

[2]) А. Ю. № 468 (дух. 1524 года).

[3]) Не считая княжескихъ духовныхъ, о чемъ ниже.

[4]) *Неволинъ*—l. c., стр. 297.

[5]) *Ibidem* примѣч.

встрѣчались часто? [1]). Констатировать допущеніе субституціи—нужно, но трудно прямымъ путемъ судить о томъ, насколько часто она практиковалась; да для изученія права это и не важно; гораздо болѣе приходится пожалѣть о томъ, что нельзя опредѣлить, какой видъ субституціи признавало древне русское обычное право. Вѣролтнѣе, впрочемъ, что допускалась всякая субституція: 1) подраздѣленіе ея на виды требовало бы значительно развитаго юридическаго мышленія; 2) косвенно въ томъ убѣждаютъ княжескія духовныя.

**5) Содержаніе княжескихъ духовныхъ.**—Болѣе полная изъ княжескихъ духовныхъ 2-я духовная Ивана Калиты. О главномъ содержаніи нечего и говорить—все какъ въ другихъ княжескихъ и обыкновенныхъ: распредѣляются между наслѣдниками села, а бортники и оброчники, купленые люди—также частное имущество, не составляющіе принадлежности волостей, дѣлятся между наслѣдниками тутъ же по особому росписанію [2]). Дальше дѣлятся „порты“ и прочая движимость. Потомъ сказано: „а что мое 100 рубли у Ески, а то роздадять по церквамъ“; фраза имѣетъ для насъ двоякій интересъ: 1) она подтверждаетъ переходъ на наслѣдника долговыхъ требованій наслѣдодателя [3]), 2) опредѣляетъ обыкновенный легатъ, что дѣлается не рѣдко и въ другихъ духовныхъ. Рядомъ съ этимъ назначается условный легатъ, съ которымъ мы встрѣчались уже въ духовной Климента: „а *далъ есмь* Борису Воркову, аже иметь сыну моему служити, село будетъ за нимъ; не иметь ли служити дѣтемъ моимъ, село отоймутъ“. Это первый примѣръ установленія помѣстнаго права [4]), но съ частно-правной точки зрѣнія легатъ; впрочемъ, Калита говоритъ объ отдачѣ села, какъ о совершившемся фактѣ: „далъ есмь“? но можно истолковать его мысль и иначе: князь здѣсь устанавливаетъ правоотношеніе заново, какъ бы подновляетъ его; въ такомъ случаѣ въ его словахъ видна идея легата, обязательнаго для наслѣдниковъ по завѣщанію. Даются села „святому Олександру собѣ въ поминаньѣ“; наконецъ, Калита говоритъ: „а *приказываю* тобѣ сыну своему Семену братью свою молодшую и княгиню свою съ меншими дѣтми по Бозѣ

---

[1]) *Гриневичъ*—l. c.

[2]) *Вл.-Будановъ*—Христоматія II, стр. 5, прим. 7. Тутъ напечатана и вся духовная.

[3]) См. также въ С. Г. Г. и Д. т. I №№ 41, 82, 96, 112, 122 (вторая), 131 и др.

[4]) *Вл.-Будановъ*—тамъ-же.

ты имъ будешь *печальникъ*". Хотя Семенъ не названъ обыкновеннымъ именемъ душеприкащика, но нѣтъ сомнѣнія, что слово печальникъ употреблено въ значеніи душеприкащика и даетъ основаніе заключить, что кромѣ исполненія распоряженій завѣщателя по имуществу на обязанности душеприкащика лежала вообще посильная поддержка остающейся безъ отца семьи. Обязанности „прикащика" значитъ не легки: не даромъ одинъ завѣщатель жалуется, что кого ни просилъ въ душеприкащики, никто не согласился—назначилъ жену [1]), или какъ въ подлинникѣ: „а билъ есми челомъ прикащикомъ многимъ и они у меня въ приказъ не изымались" [2]). Замѣтимъ кромѣ того, что завѣщатель прямо упоминаетъ о предварительной его просьбѣ принять обязанности душеприкащика: онъ билъ челомъ, просилъ; слѣдовательно, для назначенія „прикащикомъ" требовалось согласіе избираемаго лица.

Въ другихъ княжескихъ духовныхъ встрѣчаются въ общей сложности тѣ-же назначенія, съ такимъ же характеромъ ихъ, но есть и линія противъ духовной Калиты. Нѣсколько распоряженій Владимира Андреевича о дальнѣйшемъ субституціонномъ наслѣдованіи ему касаются наслѣдованія въ удѣлахъ [3]) и, хотя по мнѣнію пр. Чичерина „частный характеръ распоряженій Владимира Андреевича совершенно ясенъ" [4])—они, по спорности дѣла, могутъ быть опущены. Удѣловъ же касаются и субституціи, установленныя Димитріемъ Донскимъ [5]). Но во многихъ княжескихъ духовныхъ попадаются субституціонныя распоряженія о селахъ—имуществахъ частныхъ; впрочемъ, субституція въ точномъ смыслѣ не отличена въ нихъ отъ отказа одному въ пожизненное владѣніе, другому въ собственность [6]). Отказъ имущества въ пожизненное владѣніе допускался, какъ замѣчено выше, и во времена „рукописанья"; это сходство княжескихъ духовныхъ съ рукописаньемъ дополняется еще одной чертою: Семенъ, сынъ Калиты,

---

[1]) *Сергѣевичъ*—Лекц. и изслѣдованія, стр. 958.

[2]) А. Ю, № 420.

[3]) *Чичеринъ*—Опыты, стр. 249.

[4]) *Тамъ-же*—стр. 250.

[5]) *Тамъ-же*—стр. 247.

[6]) С. Г. Г. и Д. т. I №№ 26, 34, 35, 40 и др.; ср. *Чичерина* — l. c., стр. 264, 263 и др.

отдалъ все свое имущество женѣ и, перечисливъ его, между прочимъ, прибавляетъ: „или буде чего забылъ написати своей купли, золота-ли, женчугу... то все далъ семь своей княгини“ [1]); эта прибавка, конечно, была ненужна, такъ какъ уже издавна признавалось, что имущество неперечисленное въ завѣщаніи поступаетъ главному наслѣднику.

6) **„Духовная“, и „Рядъ“.**—Излишне будетъ продолжать сопоставленіе княжескихъ духовныхъ съ простыми и тѣхъ и другихъ съ рукописаньемъ: нельзя оспорить сходства ихъ формъ и содержанія, которое само бросается въ глаза. Если и есть какія различія между духовными и рукописаньемъ, то лишь въ частностяхъ, а не въ главномъ; притомъ, сами эти частности вполнѣ осуществимы и помощью рукописанья, такъ какъ не противорѣчатъ сущности рукописанья, по которой оно тождественно съ духовной. И такъ, *съ точки зрѣнія права въ XIII вѣкѣ, что касается духовныхъ завѣщаній, было возможно все то, что осуществляется въ духовныхъ XIV—XVII вѣковъ. Поэтому нѣтъ отдѣльнаго типа „рукописанье“, существуетъ только „духовная“.* А разъ рукописанье, какъ показано раньше, есть письменный рядъ, то и *духовная есть тотъ же рядъ, но до нѣкоторой степени формальный.* Понятно теперь обыкновеніе князей писать въ духовныхъ: „даю рядъ“, „а се имъ роздѣлъ учинилъ“. Еще шагъ и мы убѣждаемся, что *словеснымъ рядомъ, какъ не формальной духовной выполнялось или могло быть выполнено все содержаніе позднѣйшей духовной.* И въ самомъ дѣлѣ, рукописанье—духовная и рядъ существовали одновременно и ничѣмъ кромѣ письменной формы не различались. Суммируя все вышесказанное, получаемъ для XIII вѣка *единое по смыслу и содержанію, двойственное по формамъ и совершенію, обычноправное духовное завѣщаніе.*

7) **Перечисленіе долговъ и требованій.**—Загадочная особенность письменныхъ духовныхъ должна сейчасъ разъясниться. Постоянное въ духовныхъ грамотахъ перечисленіе долговъ и долговыхъ требованій нуждается въ объясненіи собственно потому, что не слишкомъ давно въ литературѣ высказана мысль, будто долги и требованія безъ этого перечисленія не перешли бы на наслѣдника; будто духовная имѣетъ цѣлью установленіе и проведеніе въ жизнь догмы универ-

---

[1]) С. Г. Г. и Д. т. I, № 24 (стр. 38)

сальнаго наслѣдованія. Безъ этого, уже одно сходство существенныхъ сторонъ ряда и духовной и переходъ по „ряду“ Русской Правды всей совокупности имущественныхъ правъ умершаго лица вынудило-бы насъ видѣть въ перечисленіи долговъ явленіе инвентарнаго характера; духовная перечисляетъ все передаваемое наслѣднику активное и пассивное имущество, что бы дать понятіе о размѣрѣ получаемыхъ имъ правъ; съ этой стороны духовная есть инвентарь, хотя и не только инвентарь [1]).

Напротивъ, доказываютъ, что въ завѣщаніяхъ, какъ вообще въ юридическихъ сдѣлкахъ, „*лицо* само *устанавливаетъ* тѣ *нормы*, по которымъ должно быть обсуждаемо его юридическое отношеніе“ [2]), что юридическія сдѣлки являются „*суррогатомъ* диспозитивнаго права“ [3]), при чемъ на завѣщаніяхъ это замѣтно особенно ярко: они „въ самомъ дѣлѣ *замѣняютъ собою законъ* по полнотѣ и ясности выражаемыхъ нормъ“ [4]). Такъ, въ русскихъ „духовныхъ грамотахъ“, „никакой *законъ не велитъ* наслѣднику платить долги умершаго цѣной всего имущества ... а между тѣмъ вмѣстѣ съ движимымъ и недвижимымъ имуществомъ отъ наслѣдодателя къ наслѣднику идетъ *безусловный завѣтъ*: очистить душу умершаго“ [5]); „этотъ взглядъ приходитъ конечно не вдругъ: *сперва идетъ непрерывная практика* завѣщаній, направленная къ этой цѣли“; обычай писать долги и требованія въ духовныхъ граматахъ имѣетъ свой смыслъ, когда нѣтъ закона, который бы опредѣлялъ понятіе наслѣдства, какъ совокупности всѣхъ имущественныхъ отношеній умершаго“ [6]) Таковы главнѣйшія утвержденія пр. Дювернуа о формированіи въ завѣщаніяхъ догмы наслѣдства, ради чего, по его мнѣнію, въ духовныхъ и перечисляются долги и требованія завѣщателей. Его взгляды ошибочны; по оспариваніе ихъ возможно только тогда, когда будетъ узнано: *право-ли предшествуетъ сдѣлкѣ, или наоборотъ*, сперва идетъ практика, образующая право въ результатѣ своей дѣятельности, въ дан-

[1]) „Христоматія“ I, стр. 123.

[2]) *Дювернуа*—Источ. ъ судъ, стр. 12; то-же стр. 216, 217.

[3]) *Ibidem.*

[4]) *Тамъ-же*—стр. 218.

[5]) *Тамъ-же*—стр. 147.

[6]) *Ibidem.*

номъ случаѣ создающая догму перехода долговъ наслѣдства. Словомъ, мы приходимъ къ вопросу о значеніи юридическихъ сдѣлокъ, какъ источниковъ права; его разрѣшеніе важно и тѣмъ, что освятитъ наши прежніе выводы, почерпнутые исключительно изъ духовныхъ грамотъ, а выданные за догмы обычнаго права. Новая теорія доказываетъ, что не право предшествуетъ сдѣлкѣ, факту, а фактъ предшествуетъ праву и фактъ создаетъ право.

Этотъ неправильный взглядъ на значеніе сдѣлокъ въ свою очередь основывается единственно на индивидуалистическомъ объясненіи процесса образованія обычнаго права. Если обычай, какъ право, не предшествуетъ дѣйствію лицъ" [1]), „но идетъ отъ дѣйствій отдѣльныхъ лицъ совершенно произвольныхъ, оправданіе ихъ—сила, тогда, конечно, сдѣлка устанавливаетъ право. Далѣе начинается процессъ „пассивной подражательности" [2]), смѣняющейся привычкой [3]), которая въ свою очередь связываетъ частную волю [4]), какъ повальный обычай. Повальный обычай переходитъ, *почему-то*, въ „убѣжденіе о необходимости дѣйствовать такъ, а не иначе" [5]), но только въ убѣжденіе въ необходимости, а не въ истинности и справедливости такого порядка. Въ этомъ сущность индивидуалистической теоріи. Она подверглась уже разрушительной критикѣ и теперь не можетъ считаться вѣрною: какъ бы то ни было, *убѣжденія человѣка нельзя выводить изъ привычки* поступать такъ, а не иначе; обычная норма должна непремѣнно опираться на сознаніе, на сознательное воленіе человѣка, иначе у нея не будетъ санкціи, какая признается для обычнаго права и оспариваемой теоріей. Но коль скоро правило коренится въ духѣ человѣка, хотя бы и нелсно для его юридическаго мышленія, а образуется не черезъ привычку и не изъ нея, то сознаніе о правѣ предшествуетъ сдѣлкѣ, и фактъ является только правомѣрнымъ отраженіемъ этого сознанія; говоря словами проф. Сергѣевича (совершенно вѣрными): „обычай доказывается фактами его примѣненія въ дѣйствительной жизни" [6]), или словами

---

[1]) *Сергѣевичъ*—Лекціи, стр. 11.

[2]) *Тамъ-же*—стр. 70; *Вл.-Будановъ*—Обзоръ, стр. 84.

[3]) *Вл.-Будановъ*—Обзоръ, стр. 82.

[4]) *Сергѣевичъ*—Лекціи, тамъ-же.

[5]) *Тамъ-же.*

[6]) *Тамъ-же*—стр. 12.

самого-же пр. Дювернуа: „всеобщая практика служитъ внѣшнимъ *выраженіемъ... общаго сознанія*, обычнаго права“ [1]).

Опроверженіе индивидуалистической теоріи основывается главнымъ образомъ на приведенномъ положеніи: убѣжденіе невыводимо изъ привычки. Менѣе сильны другія приводимыя противъ нея возраженія: 1) говорятъ, что при индивидуалистическомъ объясненіи возникновенія обычнаго права, „въ основѣ права былъ бы положенъ произволъ, *т. е.* отрицаніе права“ [2]). Но на это можно отвѣтить, что вопросъ именно въ томъ и состоитъ, *можно-ли положить въ основу права—произволъ?* говорить: произволъ, *то есть* отрицаніе права, значитъ считать доводомъ то, что еще нужно доказать. 2) Теорія не опровергается и вторымъ возраженіемъ: „обычаи разныхъ *народовъ* раздѣленныхъ пространствомъ и временемъ, не имѣвшихъ никакой возможности *подражать другъ другу*, сходны, а часто и тождественны“ [3]). Отвѣтъ на это возраженіе долженъ быть такой: для дѣйствительности теоріи *требуется подражаніе не международное*, а подражаніе извѣстной группы лицъ, „не раздѣленныхъ пространствомъ и временемъ“, дѣйствіямъ болѣе энергичныхъ лицъ изъ ихъ среды.

Но и одного коренного возраженія достаточно, чтобы автономное объясненіе обычнаго права оказалось опровергнутымъ и не выражающимъ дѣйствительнаго хода правообразованія. Съ нимъ вмѣстѣ слѣдуетъ отвергнуть и то значеніе, которое придается юридическимъ сдѣлкамъ теоріей произвола; мы вполнѣ соглашаемся съ мнѣніемъ пр. Цитовича, что „при извѣстной небрежности можно прійти къ выводу, будто объективная“, обычная, „норма, такого или иного рода, получилась, вслѣдствіе постояннаго однообразнаго повторенія изъ юридическихъ актовъ съ одинаковымъ содержаніемъ“ [4]); но на самомъ дѣлѣ право, дѣйствуя и въ формѣ обычая, всегда предшествуетъ факту. Прежде чѣмъ осуществляется юридическая сдѣлка, уже существуетъ общее сознаніе о правѣ, или обычное право; обратный выводъ невозможенъ.

[1]) *Дювернуа*—l. c., стр. 328.
[2]) *Вл.-Будановъ*—Обзоръ, стр. 84.
[3]) *Ibidem.*
[4]) *Цитовичъ*—l. c. стр. 83.

Значеніемъ сдѣлокъ въ качествѣ источниковъ права опредѣляется и правильное сужденіе о занимающемъ насъ элементѣ духовной граматы. Духовная, какъ юридическій актъ, не можетъ устанавливать правовой нормы о переходѣ на наслѣдника долговъ и требованій; напротивъ, перечисленіе долговъ и требованій, которое мы находимъ во всѣхъ духовныхъ, уже предполагаетъ существованіе въ обычномъ правѣ догмы наслѣдства; догма эта выработалась въ сознаніи древнихъ Руссовъ давно, еще въ эпоху Рус. Правды; завѣщателямъ не для чего было изобрѣтать ее вторично, да и древнѣйшая духовная (рукописанье XIII в.), одновременная постановленіямъ Рус. Правды, уже перечисляетъ долги и требованія. Какъ и позднѣйшія духовныя, этимъ она желаетъ только дать наслѣднику понятіе о кругѣ его будущихъ правъ. Таково значеніе духовныхъ для самихъ наслѣдниковъ. Для исторіи оно другаго рода: „не творчество, а проводимость—вотъ историческое значеніе юридическихъ сдѣлокъ“, въ томъ числѣ и духовныхъ граматъ; „онѣ важны тѣмъ, что выражаютъ собою положительное право того времени“ [1])—но и только: онѣ имѣютъ огромную цѣнность для позднѣйшаго собирателя юридическихъ идей и понятій древности, въ тѣ-же далекія времена право въ сдѣлкахъ вообще и духовныхъ въ частности лишь запечатлѣвалось, фиксировалось, а вслѣдствіе этого, конечно, болѣе точно опредѣлялось и для современниковъ [2]). Духовныя являются незамѣнимыми для насъ „рудниками права“, но не „суррогатомъ“ его для новгородцевъ и двинянъ. Отражая въ той или другой степени дѣйствовавшее обычное право, онѣ не обнимаютъ его вполнѣ и въ нѣкоторыхъ случаяхъ могутъ повести къ невѣрнымъ заключеніямъ о существовавшемъ правѣ; поэтому не обходимо пользоваться ими съ осторожностью. Позволительно искать по духовнымъ древнихъ догмъ завѣщательнаго права, но на этомъ нельзя останавливаться: найденное должно быть подтверждено другими данными.

## § 4. „ПОРЯДНАЯ“.

Такое подтвержденіе даетъ Псковская Судная Грамота. Можно считать общеизвѣстнымъ фактъ связи и, такъ сказать, отношеній пре-

---

[1]) *Ibid.*

[2]) Почти также высказывается *Цитовичъ*—тамъ-же.

емственности между Рус. Правдою и Пск. Судн. Грамотою [1]) (и далѣе, между ими обѣими съ одной стороны и Судебниками съ другой). Полагаютъ, что Пск. Судн. Грам. продолжаетъ процессъ развитія завѣщаній, начавшійся въ Русской Правдѣ [2]). Дѣйствительно, Пск. Судн, Грамота, подтверждая все, что мы приписали обычному праву древней Россіи, даетъ, хотя и немногое, до сихъ поръ неизвѣстное. Постановленій, нужныхъ для насъ, Пск. Суд. Грамата содержитъ нѣсколько больше нежели Рус. Правда. Одна изъ статей Пск. С. Гр., прямо или косвенно говорящихъ о духовныхъ завѣщаніяхъ, именуетъ духовное завѣщаніе „порядпею“. Терминъ „порядпая“ относится, несомнѣнно, къ завѣщанію [3]), такъ какъ грамота тутъ же замѣняетъ его другимъ. именно „рукописаньемъ“: „а кто имѣтъ искати на приказникохъ... а тотъ оумрѣшей съ порядпею, и рукописаніе оу него написано“ и прочее [4]). Уже это сближаетъ „порядную“ съ „рукописаньемъ“, а слѣдовательно и съ „духовною“ и „писаныя завѣщанія XV в. (почему только XV?) съ „рядомъ“ умирающаго, о которомъ говоритъ Русск. Правда“ [5]); пока не пойдемъ далѣе сближенія съ рядомъ. Но не въ одномъ названіи проявляется сходство порядной и духовной.

**1. Приказники.** Та-же статья Пск. Судн. Граматы говоритъ о „приказникахъ“. Это кто такіе? И сразу видно, что наслѣдники по порядной, по завѣщанію [6]). Однако, слѣдующее сходство словъ дало нѣкоторымъ изслѣдователямъ поводъ не замѣтить этого: въ духовныхъ упоминались *„прикащики“*, въ Пск. Судн. Грамотѣ *„приказники“*; слѣдовательно приказники не иное что, какъ душеприкащики, подобно „прикащикамъ“. Въ такую ошибку впалъ не одинъ Устряловъ [7]), даже пр. Сергѣевичъ [8]) и пр. Дювернуа [9]) такъ-же неудачно поняли это мѣсто

---

[1]) „Исходные моменты“—стр. 26.

[2]) *Ibid.*

[3]) *Устряловъ* иначе—*назв. соч.*, стр. 125 и прим. 45.

[4]) *Вл.-Будановъ*—Христоматія, I, стр. 137, П. С. Гр., ст. 14.

[5]) *Сергѣевичъ*—Лекціи, стр. 644.

[6]) *Энгельманъ*—„Гражд. зак. П. С. Гр.“, стр. 84.

[7]) „Изслѣдованіе П. С. Грам.“, стр. 66.

[8]) *Сергѣевичъ*—l. cit.; Дювернуа, считая подобно Сергѣевичу „приказниковъ“—душеприкащиками, ссылается на А. Ю; но тамъ не говорится ни слова о „приказникахъ“, а только о „прикащикахъ“.

[9]) *Дювернуа*—Ист. и судъ, стр. 253, со ссылкой на А. Ю. № 416, но и тутъ упоминается не „приказникъ“, а „приказщикъ“.

ст. 14 П. С. Гр. Но Псковская Судн. Грамата, тонко различая способы пріобрѣтенія собственности, примѣняетъ и разные термины къ наслѣдованію по закону и завѣщанію. Наслѣдство по закону у нея „отморшина“; наслѣдство по порядной—„приказное“; но то и другое все-таки наслѣдство. Такъ, въ ст. 55 по грамматическому строю рѣчи „приказное“ совершенно отождествлено съ „отморшиной“: „а оу кого поимаются за отморшину его, *или* приказной, а и сусѣдомъ будетъ вѣдомо,.. а молвятъ какъ право предъ Богомъ, что чисто у него отморшина отца его *ли* приказное“ и проч.—отморшина трактуется въ отношеніи исковъ [1]) не иначе, чѣмъ и приказное. Надо думать, что приказники это тѣ лица, которые получаютъ приказное, а разъ *приказное есть наслѣдство*, что несомнѣнно ясно изъ ст. 55, то *приказники* суть *наслѣдники по завѣщанію*. Проф. Вл.-Будановъ относитъ ст. 14 къ случаю наслѣдованія по завѣщанію и приказниковъ считаетъ наслѣдниками по завѣщанію [2]). Это совершенно вѣрно.

**2. Наслѣдство по порядной.** Итакъ порядная назначаетъ наслѣдниковъ и передаетъ наслѣдство, но въ какомъ объемѣ? иначе: есть-ли „приказное“ наслѣдственная масса въ смыслѣ „дома“ Русской Правды? Странное постановленіе Пск. Суд. Грам. даетъ поводъ къ противоположнымъ рѣшеніямъ вопроса:

„А кто положитъ доску на мрътваго о зблюденъи, а иметь искати на приказникохъ того соблюденіа, сребра или платіа, или круты, или иного чего животнаго, а тотъ оумрѣшей съ поряднею... ино на тыхъ приказникохъ *не искати чрезъ* рукописаніе, ни зсудіа, безъ закълада и безъ записи. Іи кто животомъ владѣетъ по записи, или по закладу а оу приказниковъ умрѣшаго а не будетъ заклада, ни записи умрѣшаго на кого, ино имъ [3]) не искати ничегожъ, ни съсудіа, ни торговли, не зблюденіа, ничегожъ“ [4]).

Смыслъ всего правила тотъ, что иски, предъявленные противъ наслѣдниковъ по завѣщанію, ничтожны, если предъявлены въ противность завѣщанію о ссудѣ или поклажѣ безъ записи; но если у истца есть запись (или „закладъ“), то искать можно. И

---

[1]) Нѣкоторыхъ, ср. ниже.

[2]) *Вл.-Будановъ*—Христом. I, стр. 138 пр. 46.

[3]) Сообразно своему пониманію „приказниковъ“ *Устрялов*ъ (l. c.) не даетъ иска душеприкащикамъ, что идетъ въ разрѣзъ и съ П. С. Гр. и съ А. Ю.

[4]) „Христоматія“—стр. 137, ст. П. С. Гр. 14.

обратно: приказники могутъ отыскивать наслѣдственное имущество отъ другихъ, если у умершаго былъ закладъ или запись; неформальнаго же акта недостаточно [1]). Между тѣмъ, по ст. 15, наслѣдникамъ безъ завѣщанія, если они „толко не стороннін людне—волно искати безъ заклада и безъ записи оумрѣшаго, а на нихъ волноѫъ искати". Какъ будто право наслѣдства по закону съ одной и по завѣщанію съ другой стороны переходятъ въ равномъ объемѣ? Таково именно первое впечатлѣніе, которое производятъ обѣ статьи при ихъ сопоставленіи; но, кажется, нѣтъ основанія на немъ и остановиться. *Почему* законъ не даетъ иска приказникамъ и на приказниковъ „чрезъ" рукописанье, т. е. сверхъ обозначеннаго въ духовномъ завѣщаніи: потому ли что приказное не то, что отморшина, или, такъ сказать, во избѣжаніе недоразумѣній? Думаемъ, вѣрно послѣднее: *законъ презумируетъ, что завѣщатель въ порядной перечислитъ всѣ свои долги и требованія*, въ особенности, если онъ не оставляетъ на нихъ заклада или записи. Псковская пошлина не рискуетъ соглашаться на иски „черезъ" рукописанье безъ заклада и безъ записи: какъ отнестись столь недовѣрчиво къ той волѣ завѣщателя, которая создала самый законъ? Лучше сказать, Пск. С. Грамата и не могла формулировать правила, заподозривающаго добросовѣстность завѣщателя: виновница ея возрѣній—та-же личная сознательная воля, которая пишетъ и порядную: *не могъ законодатель-завѣщатель* [2]) *заподозрить самого себя*; обычай, выразившійся въ ст. Пск. Суд Гр., и его санкція—личная воля завѣщателя вполнѣ солидарны и полагаются другъ на друга; завѣщатель, имѣя безкабальные долги или требованія, необходимо упомянетъ о нихъ въ порядной—рукописаньи. А что законъ не ошибался, допуская такое предположеніе, такъ это ясно изъ дошедшихъ до насъ духовныхъ; въ нѣкоторыхъ изъ духовныхъ грамотъ встрѣчаемъ такую рубрику: „кому дать *безкабално* и кому взять, дать мнѣ" и прочее [3]); не въ одной духовной встрѣчается эта рубрика [4]), такъ что, признай мы указанную презумпцію Пск. Суд. Граматы о пере-

---

[1]) *Вл.-Буданов*ъ—тамъ-же, стр. 137, прим. 46 и сл.

[2]) Не въ смыслѣ теоріи *Дювернуа*.

[3]) А. до Ю. Б. № 86, IV, стр. 565.

[4]) См. еще А. Ю., № 427.

численіи безкабальныхъ обязательствъ въ духовной то въ практикѣ, хотя и позднеи [1]), найдемъ подтвержденіе этой презумпціи [2]).

При такой мысли закона объ искахъ черезъ рукописанье, дозволеніе этихъ исковъ только запутывало бы гражданскій оборотъ, который въ Псковѣ достигъ уже значительной оживленности, благодаря ли торговлѣ, или чему другому. Въ этомъ смыслѣ искъ не дается во избѣжаніе недоразумѣній. Наслѣдники безъ завѣщанія (что для нихъ не образовалось особой клички—имѣетъ ли это какое либо доказательное значеніе въ вопросѣ о ихъ правахъ?.. [3]) находятся въ другомъ положеніи: здѣсь инвентаря получаемыхъ ими правъ не имѣется, всегда можно повѣрить, что остались и безкабальная ссуда, или зблюденье, или торговля; поэтому необходимо дать исковое право наслѣдникамъ и противъ наслѣдниковъ „отморшины“, нужно допустить для нихъ и противъ нихъ иски безъ заклада и записи; это и дѣлаетъ ст. 15. Иск. Суд. Грамоты [4]). *Наше толкованіе* ст. 14 Иск. Суд. Гр. вполнѣ, говоримъ, *соотвѣтствуетъ обычно правному характеру ея постановленій* [5]); зарождающійся законъ беретъ во вниманіе волю, создавшую его хотя бы и необходимо.

Само собою разумѣется, что если осталась запись, „ино вольно искати по записи“: разъ существованіе обязательства не сомнительно, разъ оно основано на формальномъ актѣ, а не на доскѣ, оно переходитъ и на наслѣдника по завѣщанію, какъ достовѣрно принадлежавшее завѣщателю право; безразлично, будетъ то требованіе, или долгъ наслѣдодателя. Изъ одного этого постановленія ясно, что догма перехода всѣхъ имущественныхъ правъ завѣщателя на приказника признается Пс. Суд. Грамотой; та-же догма выведена раньше изъ духовныхъ.

Въ силу сказаннаго мы полагаемъ, что какъ въ духовныхъ, по выраженію пр. Дювернуа, „завѣщатель... разумѣетъ все оставшееся

---

[1]) XVII вѣка, см. предыд. примѣчанія.

[2]) Не даромъ же завѣщатели, перечисливъ, кому что дать, обыкновенно прибавляютъ: „а болѣе того невиноватъ никому ни чимъ развѣ Богу душею“, А. Ю. № 409, IV.

[3]) Между тѣмъ *Вл.-Буданов* отмѣчаетъ отсутствіе особаго титула для наслѣдниковъ по закону—Обзоръ, стр. 418.

[4]) Ср. ст. 94. П. С. Гр. (о томъ-же).

[5]) Объ обычномъ характерѣ Пс Суд. Граматы см. у *Устрялова* — l. c., стр. 68 и слѣд.

послѣ него имущество, какъ нѣчто цѣлое и единое“ [1]), „всѣ права и обязанности“ [2]), такъ и по Иск. Суд. Грам. *порядная есть актъ универсальнаго завѣщательнаго наслѣдованія.*

**3. Характеръ порядной.** Для непредубѣжденно-настроеннаго человѣка довольно понятно уже изъ ст. 14 и 15 П. С. Гр., принимая приведенное объясненіе ихъ, что „порядная“ сильно похожа на духовную, что, слѣдовательно, духовныя въ самомъ дѣлѣ отражаютъ въ себѣ обычное завѣщательное право. Инвентарный элементъ—также въ согласіи съ 14 статьей П. С. Гр.: она предполагаетъ, что завѣщатель, какъ мы уже сказали, оставитъ перечень правъ, которыя онъ возлагаетъ на наслѣдника; поэтому то Иск. Суд. Грамата и рѣшается ограничить право иска приказниковъ. Какъ въ духовныхъ, такъ и въ порядной, наслѣдникъ назначается волею завѣщателя: но и эта догма прямо не выражена; равнымъ образомъ не указано, кого можно выбрать наслѣдникомъ; но такъ какъ *все въ порядной неизбѣжно должно согласоваться съ обычаемъ*, а въ обычаѣ теперь кругъ наслѣдниковъ разширился, то то-же нужно примѣнить и къ завѣщанію. Ст. 15 опредѣляетъ обычныхъ наслѣдниковъ, допуская къ наслѣдованію повидимому и „сторонніхъ людей“; она говоритъ: наслѣдники могутъ искать безъ записи, если они не сторонніе люди; слѣдовательно и сторонніе могли наслѣдовать. Мы не должны рѣшать, почему сторонніе, но законные наслѣдники, получаютъ меньше правъ; важно только установить, что порядною выбираются обычные наслѣдники—свободно и, въ то-же время, необходимо въ согласіи съ обычнымъ правомъ.

Впрочемъ, есть въ Пс. Суд. Грамотѣ статья, которая по одному толкованію узаконяетъ обходъ наслѣдника, устраненіе его отъ наслѣдованія. Читается она такъ: „аже сынъ отца, или матерь не скормить до смерти, а пойдетъ изъ дому, части ему не взять“ [3]). Одни видятъ тутъ просто выдѣлъ: разъ выдѣленный сынъ—выдѣленъ навсегда и лишается правъ на наслѣдство [4]). Но даютъ и другое толкованіе. Въ статьѣ сказано: *не скормитъ и пойдетъ*—можно думать, что здѣсь разумѣются оскорбительные поступки сына и самовольный

---

[1]) „Источники и судъ“—стр. 239.

[2]) *Тамъ-же*—стр. 235, 247, 250.

[3]) П. С. Гр. ст. 53, по изд. *Вл.-Буданова*—Христ. I, стр. 153.

[4]) *Цитовичъ*—l. c., стр. 108.

уходъ изъ дому, изъ семьи; такой мотивъ закона („не скормитъ и пойдетъ“) не за чѣмъ было бы выставлять, иди рѣчь о полюбовномъ выдѣлѣ. Exheredati'ю въ этой статьѣ видятъ: пр. Дювернуа [1]), пр. Сергѣевичъ [2]), пр. Латкинъ [3]). Мы собственно считаемъ второе мнѣніе болѣе вѣроятнымъ; но текстъ не ясенъ и это трудно утверждать безусловно. Если и допускалась exheredati'я, то допускалась обычаемъ и его субъективной санкціей, а потому въ ст. 53 нельзя усмотрѣть ни субъективнаго произвола завѣщателя, ни его ограниченія.

Въ Иск. Суд. Грамотѣ находимъ положительныя указанія на право каждаго гражданина распорядиться по завѣщанію. Жена при мужѣ можетъ оставить завѣщаніе; въ Грамотѣ говорится о смерти жены безъ завѣщанія [4]); тогда вотчина поступаетъ мужу въ кормлю; слѣдовательно, жена посредствомъ завѣщанія можетъ уничтожить право мужа на пожизненное владѣніе ея вотчиной и передать ее стороннему лицу. Но въ этомъ правѣ жены не слѣдуетъ видѣть большаго чѣмъ прежде простора субъективнаго произвола завѣщателя: это все догмы обычнаго права, а пока живо оно, *субъективнаго произвола не существуетъ, а субъективная, личная воля была свободна и прежде*, разумѣется въ томъ же минимомъ смыслѣ какъ и человѣкъ вообще. Мы въ духовныхъ видѣли самыхъ разнообразныхъ завѣщателей и наслѣдниковъ, а развѣ имѣемъ мы право говорить, что завѣщатели выбирали наслѣдниковъ по произволу?

**4. Порядная и духовная.** Въ общемъ, *въ существѣ, порядная близка къ духовной, да онѣ и одновременны.* Но продлимъ скептицизмъ, пожелаемъ получить изъ юридически точныхъ словъ П. С. Граматы подтвержденіе для „порядной“ возможно большаго числа извѣстныхъ уже чертъ „духовной“. И за этимъ остановки не будетъ. На основаніи рукописанья XIII в. считали мы вѣроятнымъ, что имущество могло быть отказано въ пользованіе, безъ права собственности, выдѣленъ, какъ говорится, узуфруктъ; въ княжескихъ духовныхъ отказы

---

[1]) *Тамъ-же.*

[2]) Лекціи—стр. 642.

[3]) „Лекціи по внѣш. ист. русс. права“, стр. 32 (примыкая къ толкованію Устрялова).

[4]) П. С. Гр. ст. 88, Христом.—I, стр. 164.

имущества въ пользованіе (пожизненно) повторяются [1]); здѣсь въ Пс. Суд. Гр. они прямо узаконены: „А которому человѣку будетъ кормля написана въ рукописаніи“ и прочее [2])—прочее выясняетъ права пожизненнаго владѣльца и, къ слову сказать, въ высшей степени здраво: „если пользователь продастъ эту (отказанную ему) землю, или „исадъ“, или что нибудь другое (что записано), то когда уличатъ его въ такой незаконной продажѣ, онъ обязанъ выкупить проданное имущество“ [3]); сверхъ того онъ—„свою коръмлю покралъ“—лишается пользованія.

**5. Дареніе на случай смерти.** Псковитяне знали и различіе дареніа на случай смерти и завѣщанія. Статья 100: „А который человѣкъ *при своемъ животѣ или предъ смертію*, а что дасть своею рукою племяннику (родственнику) своему платно, или иное что *животное* (движимое имущество) *или отчину*, да и грамоты дастъ предъ попомъ (т. е. съ требуемыми формальностями) іли предъ сторонными людьми: ино тому *тѣмъ даньемъ* владѣть, *чтобы* и рукописаніа не было“ [4]), т. е., „хотя бы и не было завѣщанія“ переводитъ пр. Вл.-Будановъ [5]), прибавимъ: не было вообще или не было въ завѣщаніи только оговорки объ этомъ предметѣ [6]). Въ статьѣ важно слово „чтобы“; оно отстраняетъ притязанія наслѣдниковъ по закону, какъ имѣвшихъ право отыскивать унаслѣдованное имущество безъ заклада и безъ записи. Вся статья въ своей цѣлости расчленяется на двѣ догмы: во 1-хъ, предусматривается случай прижизненной передачи даримой вещи; владѣніе устанавливается съ момента этой передачи или передачи актовъ: какъ только (завѣщатель) далъ, такъ тому тѣмъ даньемъ и владѣть. Это обыкновенное дареніе. Во 2-хъ, статья говоритъ о дареніи „передъ смертью“, очевидно, какъ о дареніи на время послѣ смерти, какъ о дареніи на случай смерти. Это дареніе условное. Дареніе въ ст. 100 находитъ и пр. Вл.-Будановъ: „граматы не составляютъ предмета дареніа, а лишь средство, укрѣпляющее *даръ*“ [7]); ст. 100 нормируетъ „предсмертный даръ, а не завѣщаніе [8]); пр. Лат-

[1]) Напр. С. Г. Г. и Д. т. I, №№ 41, 42 и мн. др.

[2]) Ст. 72, Христоматія—I, стр. 158.

[3]) *Тамъ-же*—стр. 159.

[4]) П. С. Гр. ст. 100, по тому же изданію.

[5]) *Вл.-Будановъ*—Христоматія I, стр. 168.

[6]) *Устряловъ*—l. c., стр. 137. Въ текстѣ соединены оба мнѣнія.

[7]) *Вл.-Будановъ*—Христоматія I, стр. 168 пр.

[8]) Обзоръ, стр. 419.

кинъ [1]) и другіе [2]), напротивъ, считаютъ актъ, нормируемый 100 ст. П. Суд. Гр., словеснымъ завѣщаніемъ. Послѣднее мнѣніе врядъ-ли справедливо, хотя 100 статья съ виду очень обманчива, такъ какъ въ случаѣ дареніе „передъ смертью“ она устанавливаетъ собственность повидимому не ранѣе момента смерти; но въ этомъ всякое дареніе на случай смерти копируетъ завѣщаніе; такъ было и по Русской Правдѣ. За то *въ важнѣйшемъ признакѣ древняго завѣщанія—переходѣ наслѣдства, какъ цѣлости*—и Иск. Суд. Грамота не заблуждается; она отличаетъ этимъ признакомъ *завѣщаніе* (ст. 14) отъ *дареніе* (ст. 100); въ ст. 100 точно опредѣлено: кому будетъ подарено движимое или недвижимое, тому и владѣть *тѣмъ*, но не чѣмъ либо сверхъ этого. *Дареніе на случай смерти, какъ дареніе, простирается, по Пс. Суд. Грамотѣ*, какъ и по Рус. Правдѣ, *только на наличность*.

**6. Форма и явка.**—При случаѣ Иск. Суд. Грамота упомянула и о формѣ духовнаго завѣщанія именно о такой, какая констатируется по духовнымъ грамотамъ; но правило очень коротко: рукописанье, по ст. 14, должно быть „написано и въ ларь положено“. Изъ этого правила можно заключить, что признаются только письменныя завѣщанія и что завѣщаніе кладется въ ларь. Въ положеніи въ ларь видятъ требованіе скрѣпы архіереемъ и утвержденія, а не только храненія; впрочемъ, утвержденіе совершается „посредствомъ положенія въ ларь (архивъ) св. Троицы (центральной церкви Пскова)“ [3]). Общее правило о письменныхъ завѣщаніяхъ допускало, говорятъ, исключенія: „составленіе письменнаго завѣщанія требуется, однако, лишь тогда, когда имущество отказывается стороннему лицу, а не наслѣднику по закону, что видно изъ содержанія приведенной выше (14) статьи о правахъ наслѣдниковъ по завѣщанію, гдѣ именно говорится, что ихъ права обусловливаются тѣмъ, если рукописаніе составлено и положено въ ларь“ [4]). Эко не вполнѣ такъ: форма и положеніе въ ларь требуются для случая, когда составляется письменное завѣщаніе въ чью бы то ни было пользу, такъ какъ всякій наслѣдникъ, назначенный по духовной, будетъ законный наслѣдникъ Самое основаніе для исклю-

---

[1]) Лекціи—стр. 32.

[2]) Напр. *Пахманъ*—Ист. Кодификаціи, т. I, стр. 222.

[3]) „Обзоръ“—стр. 419.

[4]) *Тамъ-же*—стр. 420.

ченія, которое принято въ цитатѣ, не можетъ считаться убѣдительнымъ: права наслѣдниковъ по завѣщанію, по 14 статьѣ II. Суд. Грамоты, обусловливаются завѣщаніемъ, но одинаково для всѣхъ наслѣдниковъ, и не уступаютъ, по обширности, правамъ наслѣдниковъ безъ завѣщанія.

Въ Иск. Суд. Гр. упоминается только о письменномъ характерѣ формы завѣщанія; прочія формальности, находимыя въ подлинныхъ духовныхъ, не узаконяются этимъ памятникомъ; да онѣ, какъ мы видѣли, не установились еще вполнѣ опредѣленно и обязательно: этимъ оправдывается ихъ разнообразіе въ количественномъ отношеніи. Но въ „положеніи въ ларь“ зарождается будущая явка, утвержденіе и храненіе завѣщаній; слѣды явки и утвержденія остались и на духовныхъ, по замѣткамъ на которыхъ Неволинъ описываетъ весь порядокъ тогдашней явки и утвержденія [1]). Онѣ слиты въ одномъ актѣ духовной власти, которая предварительно черезъ допросы свидѣтелей убѣждается въ дѣйствительномъ, подлинномъ выраженіи воли завѣщателя и въ законности распоряженій завѣщателя [2]). Съ какого времени стала примѣняться явка, точно и даже неточно неизвѣстно: Сахаровъ считаетъ, что съ XIV [3]), проф. Сергѣевичъ, что съ XVI [4]), пр. Дювернуа говоритъ: „только явка (а не докладъ) имѣетъ мѣсто при совершеніи завѣщаній... порядокъ явки развивается на нашихъ глазахъ... нѣсколько княжескихъ завѣщаній писанныхъ въ XIV вѣкѣ не имѣютъ явки“ [5]), „князь показываетъ завѣщаніе митрополиту, прикладывается печать— и только; иногда явка совершается при жизни, но чаще по смерти [6]). Цѣль ея, повидимому, гарантировать силу акта [7]). Ту же цѣль и также скажемъ, повидимому, преслѣдуетъ и вся формальная сторона духовной и порядной грамотъ.

## § 5. ВЫВОДЫ.

Письменная форма духовной—„порядной“, сходство „духовной“ съ „рукописаньемъ“ XIII вѣка, сходство въ главномъ и частью по-

---

[1]) *Неволинъ*—Ист. гражд. законовъ, т. III, стр. 319 и слѣд.

[2]) *Тамъ-же*—стр. 319—320.

[3]) „О формѣ завѣщаній“—стр. 61, 62.

[4]) Лекціи—стр. 659.

[5]) „Источники и судъ“—стр. 210.

[6]) *Тамъ-же*—стр. 215, 253.

[7]) *Тамъ-же*—стр. 211.

бочномъ содержаніи позднихъ духовныхъ и рукописанья съ „рядомъ“ —позволяетъ допустить, что въ эпоху Р. Правды *рядъ могъ совершаться не только словесно, но и письменно*; существованіе письменнаго ряда, какъ мы сказали, подтверждается и дошедшимъ документомъ XIII в., который есть въ сущности записанный съ нѣкоторыми формальностями—рядъ.

Но слѣдуетъ ли этотъ выводъ отнести и ко временамъ болѣе древнимъ, чѣмъ Русская Правда третьей редакціи? *Духовная есть до нѣкоторой степени формальный рядъ*, при чемъ въ грамоту вносится и то, что въ рядѣ словесномъ или подразумѣвается, или, вѣрнѣе, высказывается: инвентарная часть, „кому что дати, па комъ что взяти“. Но, говоримъ, нужно ли видѣть во всемъ этомъ порядокъ древнѣйшій? Справедливо, что предыдущія редакціи Русской Правды ничего не говоратъ о завѣщаніяхъ; однако, выше было показано, что уже для X вѣка на основаніи 13 ст. Олегова договора съ Греками нужно съ вѣроятностью признать существованіе словеснаго ряда: всѣ черты словеснаго ряда, какъ онъ описанъ въ Рус. Правдѣ, есть и въ „обряженьи“ временъ договоровъ. Но въ той же статьѣ договора есть указаніе и на письменный рядъ — *обряженье можетъ быть совершено письменно*; о немъ говорится: „кому будетъ писалъ наслѣдити“. У Руссовъ тогда уже были въ ограниченномъ количествѣ люди грамотные—нѣтъ ничего удивительнаго въ томъ, что „рядъ“ записывался по крайней мѣрѣ изрѣдка, что идея письменнаго ряда, вродѣ рукописанья Климента, уже ютилась въ обычномъ правосозерцаніи Руссовъ. Пускай писанный рядъ X вѣка будетъ въ формальномъ отношеніи еще менѣе совершенепъ, нежели рукописанье XIII вѣка; пускай письменное духовное завѣщаніе существовало, употребляя насмѣшливое выраженіе Никольскаго, лишь въ смыслѣ „той бумаги, на которой духовникъ... записывалъ слова умирающаго и самихъ словъ, въ которыхъ умирающій выражаетъ предсмертныя... желанія“ говоритъ Никольскій [1]): мы знаемъ, что это ошибочно—*распоряженія, согласныя обычаю, санкціонированному волей завѣщателя*, нужно сказать. *Въ X вѣкѣ уже существовало духовное завѣщаніе приблизительно какъ рядъ Русской Правды; это завѣщаніе могло совершаться словесно и письменно.*

---

[1]) „О началахъ“—стр. 342.

Раньше было сказано, что въ лѣтописи занесено нѣсколько письменныхъ завѣщаній: одно завѣщаніе монаха, два княжескихъ; для князей и монаховъ не было особыхъ порядковъ завѣщаній и въ позднѣйшую эпоху; не могло ихъ быть и до Русской Правды. Всѣ три завѣщанія, хотя „не выполняютъ понятія Рус. Правды о рядѣ", но и не противорѣчатъ ей. Два изъ нихъ названы рукописаньями, „т. е. такимъ терминомъ, который впослѣдствіи спеціально пріуроченъ къ завѣщаніямъ" [1]). Нѣкоторое доказательное значеніе имѣютъ, въ виду согласія съ послѣдующими явленіями, и эти писанныя завѣщанія: они подкрѣпляютъ мысль о существованіи письменныхъ завѣщаній до Р. Правды, какъ мы полагаемъ, уже въ X вѣкѣ; оговоримся, что для X вѣка словесный и письменный рядъ только вѣроятны, въ XIII вѣкѣ тотъ и другой несомнѣнно практикуются и регламентируются.

**1. Историческое развитіе завѣщаній въ періодѣ обычая до Цар. Судебника.**—Намъ пришлось много лавировать, чтобы по возможности избѣгнуть подводныхъ скалъ и тайныхъ мелей. Теперь, соединяя всѣ точки поворотовъ, мы получаемъ такую прямую пути, которымъ шло историческое развитіе древне-русскихъ духовныхъ завѣщаній въ ту эпоху, съ которою мы знакомимся.

Предположительно съ X вѣка существуетъ „рядъ" Р. Правды словесный и письменный въ зачаточномъ видѣ; послѣдній появляется первопачально въ самой несовершенной формѣ, какъ простая запись словеснаго ряда во всемъ его объемѣ. Но для XIII в. несомнѣнно существованіе двухъ формъ завѣщанія: завѣщанія словеснаго („рядъ")и завѣщанія письменнаго („рукописанье"); прежде же оба порядка обозначались однимъ терминомъ: *„обряженье"*.

*Рядъ* по Р. Пр. есть словесный неформальный актъ передачи наслѣдства выбраннымъ по обычаю преемникамъ, скажемъ, „имущественной личности" завѣщателя. То-же самое имѣетъ въ виду *рукописанье*, зачаточно формальный письменный рядъ. Въ рукописаньи выписываются вещныя права, долги и требованія. Право совершить рядъ или оставить рукописанье сводится къ фактическому обладанію, въ качествѣ домохозяина, наслѣдственною массою (личная собственность или семейная—безразлично). Другихъ ограниченій нѣтъ ни для

---

[1]) *Вл.-Буданов*—Обзоръ, стр. 409.

кого. Наслѣдственная масса передается по ряду и рукописанью или цѣликомъ, или повытно, согласно назначеніямъ отца.

Формальности совершенія ряда неизвѣстны; формы рукописанья постепенно опредѣляются въ періодъ духовныхъ и Псков. Суд. Граматы. *Духовная* есть болѣе формальное рукописанье, а въ сущности рядъ; въ духовной полагается инвентарная часть.

Побочное содержаніе духовной является въ нашихъ источникахъ (неизвѣстно, такъ-ли было и на дѣлѣ) въ слѣдующей постепенности. Съ древнѣйшихъ временъ, согласно Уставу Владимира, допускается отпускъ рабовъ на волю по духовной. Въ XIII уже вѣкѣ можно было завѣщать имущество въ собственность или-же въ пользованіе—владѣніе. Часть женѣ извѣстна съ того-же времени; эта часть поступаетъ женѣ въ собственность. Главный легатаръ всегда церковь: часть по душѣ. Уже въ XIII вѣкѣ ясны зачатки душеприкащичества; этотъ институтъ развивается въ XIV—XV вѣкахъ и далѣе. Въ періодъ XIV—XVII вѣка появляются новыя черты духовныхъ: субституціи.

Важнѣйшій прогрессъ замѣчается въ формахъ и совершеніи завѣщаній. Словесный рядъ, вѣроятно, продолжалъ примѣняться. Но при мало-мальски крупномъ наслѣдствѣ и наличности грамотнаго человѣка пользовались письменною формою завѣщанія. Завѣщатель долженъ быть въ здравомъ умѣ и составлять грамату безъ принужденія; объ этомъ нужно упомянуть въ завѣщаніи—духовной. При совершеніи духовной соблюдалось присутствіе духовнаго отца, быть можетъ еще съ XIII вѣка и ранѣе. Съ теченіемъ времени входитъ въ употребленіе подпись завѣщателя, но она не обязательна; долженъ подписаться писавшій завѣщаніе; подписываютъ актъ и свидѣтели, въ неустановившемся твердо числѣ. Написанная духовная сдается на храненіе, а вмѣстѣ для явки, утвержденія, не ранѣе чѣмъ съ XIV вѣка; въ этомъ дѣйствіи слиты и формальное и существенное разсмотрѣніе духовной [1]). Обрядъ явки отпечатлѣлся на самихъ документахъ духовныхъ завѣщаній.

„*Порядная*“ Пс. Суд. Грамоты есть та-же духовная.

Итакъ: „обряженье“, „рядъ“ и „рукописанье“, „духовная“ и „порядная“—вотъ *типы* древне-русскихъ завѣщаній *на основаніи термі-*

---

[1]) *Устрялов.*—l. c., стр. 22.

*новъ. Въ сущности же* главныя черты позднѣйшихъ завѣщаній выяснились въ обычаѣ уже XIII в. и даже, можно предположить, въ обряженьи X вѣка. Въ формахъ же и формальностяхъ при совершеніи завѣщаній на глазахъ исторіи быстрый прогрессъ. При этомъ нельзя согласиться, чтобы въ древности смѣшивались столь различные акты какъ *дарсніе* и *завѣщаніе*. Полагаемъ, что Рус. Пр. различаетъ дареніе на случай смерти отъ наслѣдованія по завѣщанію съ полною юридическою точностью; менѣе опредѣленно выражается Псковская Суд. Грамота, но и ей извѣстно коренное различіе обоихъ актовъ.

Но нами до сихъ поръ не приняты въ расчетъ памятники права Московскаго Государства. Между тѣмъ, кромѣ уставныхъ и губныхъ граматъ, которыя ничего не даютъ для нашего вопроса, есть еще Судебники. Что же мы находимъ въ нихъ?

Постановленія обоихъ Судебниковъ относятся почти исключительно къ процессуальному праву; на гражданское они смотрятъ довольно безразлично. Надо думать, что сфера гражданскаго права предоставлялась дѣйствію обычая; въ частности такъ было и съ духовными завѣщаніями. Въ 1-мъ судебн. есть статья (с. 60), повторенная и въ Суд. Царскомъ (с. 92), которая говоритъ: „а который человѣкъ умретъ безъ духовные грамоты“... и далѣе опредѣляетъ порядокъ законнаго наслѣдованія; по постановленій о духовныхъ нѣтъ никакихъ; конечно, онѣ совершались по обычаю, а именно такъ, какъ показано выше: московскія духовныя, мы видѣли это на княжескихъ, не отличаются отъ прочихъ духовныхъ и псковской порядной; значитъ, обычное право дѣйствовало и въ Москвѣ, по крайней мѣрѣ, что касается нашего вопроса. Духовныя нормировались обычаемъ въ Москвѣ во времена Судебниковъ и позднѣе.

Въ судебникѣ по списку Татищева приводится указъ 1556 года (л. 7065) генваря 2, въ которомъ мужу запрещается быть „прикащикомъ“ жены; „потому что жена въ его волѣ, что ей велитъ, то она и пишетъ“, объясняетъ указъ; Татищевъ отъ себя прибавляетъ: „должно и о мужѣ то-же разумѣть“ [1]). Но что означаетъ запрещеніе быть „прикащикомъ“: не позволяется мужу быть у жены душеприкащикомъ или наслѣдникомъ по духовой? По терминологіи духовныхъ первое,

[1]) Судебникъ, изд. *Татищева* (2-е изд. 1786 г.)—п. 122, стр. 157.

по смыслу указа—второе: такъ понялъ указъ и Татищевъ; недаромъ онъ въ примѣчаніи распространяется о правѣ перваго пріобрѣтателя располагать своимъ имѣніемъ [1]). Такое пониманіе согласно и съ сущностью древнерусскаго душеприкащичества: душеприкащикъ былъ только исполнителемъ завѣщанія, лицомъ мало заинтересованнымъ. Что-же до неправильно употребленнаго термина (слѣдовало сказать „приказникомъ“), то вотъ слова пр. Дювернуа: „московскій законъ выросъ не изъ обычая“ [2]), ему легко было перепутать обычные термины.

Указъ, при всякомъ пониманіи, пошелъ противъ обычая: прежде не было такихъ внѣшнихъ ограниченій ни по отношенію къ „прикащикамъ“, ни по отношенію къ „приказникамъ“. Этотъ указъ оказался предвѣстникомъ новыхъ порядковъ. Статья 85 Царскаго Судебника и совсѣмъ дышетъ чѣмъ то особеннымъ, доселѣ не знакомымъ: она спеціально обращаетъ взоръ къ одному только виду имуществъ и озаглавливается: „О вотчинахъ судъ“.

Въ Судебникахъ больше нѣтъ ничего интереснаго для выясненія духовныхъ завѣщаній; по *поскольку московская жизнь держалась старины*, обычая, *постолько для нея справедливы всѣ наши выводы объ обряженьи, рядѣ, рукописаньи, духовной* и *порядной* и объ ихъ признакахъ. Оба отмѣченные въ Судебникахъ указа (ук. 1557 и ст. 85) откроютъ собою, какъ убѣдимся, цѣлый рядъ дальнѣйшихъ законовъ, характеризующихъ собою второй періодъ развитія древне-русскихъ завѣщаній, который тѣсно связанъ съ современностью; его опредѣляютъ слова: *затрудненія съ вотчинами и формальностями*. Однако, Судебники безсознательно еще подтвердили (с. 60 I-го и с. 92 Ц. Суд.) взглядъ обычнаго права, по которому въ наслѣдственной массѣ недвижимое стояло наравнѣ съ движимымъ имуществомъ; обѣ статьи говорятъ въ одно слово: „ино статокъ весь и земли“ такимъ то наслѣдникамъ; по неточному выраженію Судебниковъ значеніе движимости и недвижимости совершенно уравнивается; говоримъ по неточному выраженію, такъ какъ извѣстно, что въ древности „статокъ“ былъ понятіемъ болѣе широкимъ и могъ обнимать „домъ“, „все“ или „задницу“ Русской Правды.

---

[1]) *Тамъ-же*—примѣчаніе.

[2]) „Источники и судъ“—стр. 289.

Такимъ образомъ, *Судебники стаятъ на рубежѣ перехода изъ перваго періода, во второй.* Они примыкаютъ къ древности, ибо завѣщаніе предоставлено обычаю, и Судебники держатся одинаковыхъ съ обычнымъ правомъ взглядовъ на значеніе поземельнаго имущества, что касается наслѣдованія по завѣщанію. Они открываютъ новый періодъ, являясь (ук. 1557 г. и ст. 85 Ц. С.) предвѣстниками будущаго.

**2. Византійское вліяніе и значеніе древняго завѣщанія.**—Но прежде чѣмъ идти далѣе, мы бы должны дать обѣщанное объясненіе особенностямъ духовныхъ завѣщаній, появлявшимся постепенно въ нашихъ источникахъ и, быть можетъ, въ сходной постепенности, въ древнерусскомъ обычномъ правѣ. Дѣйствительно объясняетъ правовыя явленія только историко-сравнительное изслѣдованіе ихъ; но если оно не сдѣлано, можно-ли по крайней мѣрѣ находить такое или иное „вліяніе", какъ это нерѣдко дѣлается въ особенности по отношенію къ Византіи? Тутъ возможны только предположенія, чтобы не сказать гаданія. Конечно, дѣла о наслѣдствѣ еще Церковными Уставами переданы духовенству, хотя и не исключительно ему; изъ Русск. Правды видно, что ихъ могъ рѣшать и князь [1]). Справедливо, что духовенство могло лично вліять на завѣщателей; возможно, что ему мы обязаны правиломъ „а на самого часть дати по души" [2]). Считаютъ вѣроятнымъ приписать его вліянію и прогрессъ въ формахъ завѣщаній [3]); а если такъ, то черезъ посредство клира и византійское право повліяло на русскія духовныя граматы: духовенство имѣло въ рукахъ византійскіе законы. Клерикальнымъ вліяніемъ думаютъ оправдать и самое названіе „духовная" [4]); но слово можетъ быть и другаго происхожденія: граматы иногда именуются „душевными"; успокоеніе души умирающаго, конечно, достигалось ею; отсюда и могло возникнуть самое названіе. Но положительно впрочемъ извѣстно, что не одно успокоеніе души, да и не оно преимущественно было сущностью и цѣлью духовныхъ грамотъ; не одною „задачею очистить душу умершаго исчерпывается все отношеніе наслѣдника къ наслѣдодателю" [5]); въ этомъ,

---

[1]) Рус. Правда, ст. 117 Кар.—Христоматія I, стр. 76.

[2]) Напр., *Вл.-Будановъ*—Обзоръ, стр. 408.

[3]) Не *Дювернуа* и не *Сергѣевичъ* (см. ниже).

[4]) *Сахаровъ*—1 с., стр. 92 и сл.

[5]) *Дювернуа* –Источ. и судъ, стр. 147.

намъ думается, мы убѣдились достаточно. Утверждать, что духовныя имѣли „чисто нравственный характеръ", что онѣ только „между прочимъ касались имущественныхъ отношеній" [1])—значитъ, по нашему мнѣнію, игнорировать все, сказанное памятниками древне-русскаго обычнаго права и открываемое юридическими сдѣлками. Вліяніе церкви и, черезъ ея посредство, византійскаго права допустимо; „но мѣра этого вліянія не можетъ быть выяснена" [2]), говоря словами проф. Сергѣевича. По отношенію къ духовнымъ оно было вообще невелико. Компетентные судьи находятъ въ русскихъ духовныхъ лишь весьма отдаленное сходство съ завѣщаніями по византійскому праву. Вотъ какъ говоритъ проф. Дювернуа о сходствѣ русскаго завѣщанія съ завѣщаніемъ по Прохирону: „вся формальная сторона нашихъ духовныхъ грамотъ, цѣль ихъ, ихъ содержаніе совершенно иные" [3]); тутъ все справедливо, кромѣ сказаннаго о несходствѣ цѣли: но цѣль и характеръ духовныхъ уже заложены чуть не съ X-го вѣка и конечно коренныя русскія, а не заимствованныя извнѣ.

Въ Эклогѣ есть „слѣды институтовъ римскаго порядка совершенія завѣщаній" [4]); конечно, въ этомъ порядкѣ нѣтъ ничего общаго съ составленіемъ „рукописанья" или положеніемъ „порядной" въ ларь св. Троицы. Но съ Закономъ Суднымъ дѣло обстоитъ иначе; въ Законѣ Судномъ находится „рядъ положеній о духовныхъ, который по своему содержанію вовсе не соотвѣтствуютъ практикѣ, отразившейся въ Р. Правдѣ, *ибо* въ Р. Пр. не видимъ письменности при совершеніи завѣщаній... не видимъ „поручниковъ" [5]) (душеприкащиковъ). Мы, напротивъ, видимъ въ Р. Пр., или вѣрнѣе въ ея время, и письменность при совершеніи завѣщаній (духовная Климента), и, въ нѣсколько болѣе позднее время, а въ эмбріональной формѣ и тогда,—душеприкащиковъ; слѣдовательно сходство духовныхъ съ Закономъ Суднымъ, хоть не во многомъ, но наблюдается. Но отъ сходства очень далеко до заимствованія или даже вліянія. То-же относится къ Избранію изъ Моисе-

---

[1]) *Мейеръ*—l. c., стр. 747; въ томъ же духѣ—*Сахаровъ* (l. c. стр 56): „покаянное слово", „душеспасительное дѣло".

[2]) *Сергѣевичъ*—Лекціи, стр. 643.

[3]) *Дювернуа*—тамъ-же, стр. 320.

[4]) *Тамъ-же*—стр. 320, 323.

[5]) *Тамъ-же*—стр. 317.

выхъ законовъ. Болѣе важное мѣсто Книги Числъ: „за отсутствіемъ сыновей наслѣдуютъ дочери“ сходно съ Русской Правдой; въ ней „это нормальный порядокъ наслѣдованія“ и прочее [1]). По мнѣнію пр. Дювернуа, отсюда выходитъ, что „оно оказало прямое вліяніе на наслѣдственное право христіанской Россіи“: „ни Град. Законъ, ни Эклога не выражаютъ этого начала“ [2]), а должны же были Руссы откуда нибудь позаимствоваться...

Наряду съ этими частностями, нельзя не допустить, что „до образованія полной редакціи Правды Эклога и Прохиронъ не только были извѣстны, но прямо вліяли на ея редакцію“ [3]). Редакціонное, формальное вліяніе византійскихъ кодексовъ, какъ справедливо указываетъ пр. Цитовичъ [4]), могло имѣть мѣсто тѣмъ болѣе, что византійскіе сборники употреблялись въ славянскомъ переводѣ и до исхода XIII вѣка, т. е. въ то время, когда вырабатывалась Р. Правда [5]). Но это уже вопросъ общаго характера, при томъ, значеніе Кормчей для древней юридической практики, а тѣмъ болѣе ея воздѣйствіе на русское обычное право, мало извѣстно; вопросъ объ этомъ „принадлежитъ къ числу наименѣе разработанныхъ въ нашей литературѣ“ [6]), смѣемъ думать и послѣ выводовъ пр. Дювернуа, которые требуютъ болѣе вѣскихъ доказательствъ, чѣмъ подразумѣваемая непзбѣжность для Руссовъ заимствовать право у иноземцевъ.

Итакъ, *духовныя завѣщанія по Византійскимъ сборникамъ частью несходны съ нашими обычно-правными, древне-русскими, частью напоминаютъ другъ друга въ подробностяхъ:* душеприкащики, письменная форма. Замѣтить сходство слѣдуетъ, но византійскому вліянію нужно ждать на этотъ счетъ убѣдительныхъ подтвержденій. Пока объясненіе появленія новыхъ частей завѣщанія можетъ быть дано только въ самомъ общемъ смыслѣ: потребности жизни, людскіе интересы, вообще вся совокупность условій, окружающихъ психическую дѣятельность человѣка,—вотъ кто на самомъ дѣлѣ были творцами

---

[1]) *Тамъ-же*—стр. 318.

[2]) *Ibidem.*

[3]) *Ibidem.*

[4]) „Исходные моменты“—стр. 58.

[5]) Какъ доказано *Павловымъ*; см. *Дювернуа*, назв. соч., стр. 312, 316.

[6]) *Дювернуа*—Источн. и судъ, стр. 315.

обычно-правныхъ воззрѣній на духовное завѣщаніе и дѣятелями, прогрессивно ихъ видоизмѣнявшими. Черезъ посредство психической организаціи человѣка Природа постепенно измѣняетъ, усложняетъ и, предположительно, улучшаетъ „формы“ и „содержаніе“ даже въ узкой сферѣ разсматриваемаго явленія обычнаго права. Но медленно подвигается этотъ процессъ обособленія, дифференціаціи.

**3. Литовско-русское завѣщаніе.**—Онъ становится замѣтнѣе, когда мы беремъ институтъ права въ цѣломъ его видѣ. Изъ общерусскаго обычнаго права уже довольно рано отдѣляется литовско-русская вѣтвь; это въ особенности замѣтно на духовныхъ завѣщаніяхъ. Въ уставной королевской грамотѣ жителямъ Витебской земли (1503 г.) содержится слѣдующее правило: „а который витблянинъ, вмирая, откажетъ остатокъ своего имѣнья кому, и въ то намъ не вступатися“. Грамота излагаетъ здѣсь догму завѣщанія по обычному праву. Но какъ понять ея мысль: дозволяетъ ли грамота завѣщанія въ пользу сторонніхъ лицъ [1]), или нѣтъ? Изъясняется это постановленіе сравненіемъ съ одновременною уставной подтвердительной грамотой жителямъ Кіевской земли (1507 г.) [2]): „и хто отходя зъ сего свѣта, у кого дѣтей не будетъ, а ни племени, а прикажетъ кому статки свои: ино намъ того не рушити“. Изъ сопоставленія грамотъ видно, что въ обычаѣ было отказывать наслѣдство по завѣщанію и посторонніимъ физическимъ лицамъ, *за неимѣніемъ родственниковъ (дѣтей и ближняго племени)*. Правило собственно дано въ отстраненіе претензій власти на имущество завѣщателя при отсутствіи наслѣдниковъ законныхъ, что и подтверждается другимъ мѣстомъ той же грамоты: „а будетъ пустый человѣкъ, ни дѣтей ни племени: ино на насъ то имѣнье“, т. е. если оно не отказано кому либо стороннему, какъ позволено выше. Законные наслѣдники по обѣимъ грамотамъ дѣти и ближнее племя (какъ въ Псков. Суд. Грамотѣ); но хотя ст. 15. П. С. Гр. и предполагаетъ наслѣдниковъ изъ сторонніхъ людей, не давая такимъ наслѣдникамъ иска, но въ Псковѣ обычай отказывать имѣніе, за отсутствіемъ родныхъ, сторонніимъ лицамъ физическимъ не получилъ широкаго распространенія, поэтому о немъ говорится лишь мимоходомъ (можно

---

[1]) *Вл.-Будановъ*—Христоматія, т. II, стр. 47.

[2]) Обѣ грамоты напечатаны въ Христоматіи, т. II, стр. 56 и 46.

впрочемъ сомнѣваться въ немъ и вообще: ст. 15 несовсѣмъ ясно редактирована); въ литовско-русскихъ же областяхъ этотъ обычай, очевидно, существовалъ; его регламентируетъ жалованная грамота и въ подробности разъясняетъ подтвердительная [1]).

А тогда открывается первая черта различія литовско-русскаго обычая о завѣщаніяхъ отъ общерусскаго: наслѣдники изъ сторонннхъ людей безъ сомнѣнія признаются литовско-русскимъ правомъ, а еще можно сомнѣваться, допускалъ ли ихъ Иск. Суд. Грамота. Кіевская грамота записала и другую догму тамошней пошлины. Позволяется „по животѣ... записати жопѣ на имѣньи пѣнязи... на одной части, а имѣнья не записывати"; при этомъ: „што будетъ ей мужъ записалъ" противополагается „имѣнью", такъ что въ случаѣ вторичнаго замужества „съ тымъ идетъ", что ей записано, „а имѣнье дѣтемъ оставити". Женина часть, совсѣмъ какъ по Русской Правдѣ: „а что на нію мужъ возложилъ"; но разница въ томъ, что по Русской Правдѣ, (это же видно и изъ духовныхъ грамотъ) женѣ, особенно съ дѣтьми, можно было отказать и „имѣнье", т. е. вообще наслѣдственное имущество; по терминологіи Кіевск. Гр. можно было „записати статокъ", —а по Литовскимъ обычаямъ этого уже въ XV—XVI вѣкѣ сдѣлать было нельзя. Жена, мало того что не наслѣдуетъ, „но получаетъ только часть „пѣнязей", а не „имѣнья".

Это важныя отличія литовско-русскаго завѣщанія. Но ранѣе литовско-русское завѣщательное право было почти однородно съ общерусскимъ. Въ самомъ дѣлѣ, ранѣе, напр. въ жалованной граматѣ короля Казимира (1457 г. мая 2) [2]) находимъ такое постановленіе: „такожъ предреченыи княжата и рытеры, шляхтичи, боярѣ, мѣстичи имѣніа своя и отчины... съ правомъ имаютъ держати... и добровольную моцъ имаютъ продати и замѣнити, и зычити, и дарити, *къ своему льпшому обернути*;.... такожъ по смерти отцовѣ, сынови и дочки отъ своее отчины не имаютъ отдалены быти, але съ ихъ ближнимн съ полнымъ правомъ имаютъ володѣти" [3]). Тутъ имѣлось въ виду опредѣлить всѣ жалуемыя права; между другими видно наслѣдованіе по закону (дѣтей и ближнихъ), дареніе и прочее, по почему пропущено

---

[1]) Уст. Кор. Гр. 1503 г. и Уст. Подтв. Гр. 1507 г. (См. предыд. примѣчаніе).

[2]) Христомат. II, стр. 23 и сл.

[3]) Жал. Кар. Гр. 1457 г., ст. 6 и ст. 7, Христом. II, стр. 27—28.

завѣщаніе? Полагаемъ, что пропуска нѣтъ: завѣщаніе разумѣется подъ выраженіемъ „къ своему лѣпшому обернути“; а кто можетъ быть болѣе „лѣпшій“, чѣмъ законные наслѣдники—дѣти? Они и могутъ быть назначены въ духовномъ завѣщаніи наслѣдниками; такой порядокъ былъ основнымъ и по общерусскому праву. Итакъ, можно думать, что еще за полъ столѣтія до Кіевской и Витебской грамотъ сходство завѣщаній литовскихъ съ общерусскими въ отношеніи выбора наслѣдника наблюдается, хотя не слишкомъ ясно. Напротивъ, право завѣщать принадлежало въ Литвѣ не всѣмъ гражданамъ; его „лишены были невольные и полусвободные слуги князя“ [1]) литовскаго. Если такъ, то хотя по назначенію наслѣдника еще въ XV вѣкѣ Литовско-Русское право было слито съ общерусскимъ, но *уже въ XIII вѣкѣ обособилось* по правамъ лицъ дѣлать завѣщанія: по Рус. Правдѣ и рабы завѣщали. Словомъ, какъ мы сказали, литовско-русское завѣщаніе рано стало отходить отъ общерусскаго и формировать свои отличительные признаки. Впослѣдствіи обособленіе все усиливалось, разстояніе между обоими типами завѣщаній, происшедшихъ отъ одного корня, увеличивалось. Древне-русское завѣщаніе пошло своею дорогою, литовско-русское—своей; на этомъ перекресткѣ намъ и приходится съ нимъ распрощаться. Историческія судьбы разъединили двѣ отрасли одного народа и, говоря о русскомъ гражданскомъ правѣ и духовныхъ завѣщаніяхъ, нельзя уже долѣе причислять къ нимъ и литовско-русское.

## § 6. ДАЛЬНѢЙШЕЕ РАЗВИТІЕ ЗАВѢЩАНІЙ ПО ОБЫЧАЮ.

Но что же сталось съ тѣмъ русскимъ духовнымъ завѣщаніемъ, съ которымъ мы уже ознакомились по Русской Правдѣ, Псковской Судной Граматѣ и Судебникамъ? Для одной части населенія оно постепенно смѣнилось завѣщаніемъ по закону, но для другой оно, быть можетъ измѣнившись нѣсколько, должно было сохраниться. Закрѣпощеніе крестьянъ постепенно лишило ихъ гражданскихъ правъ; однако, что можно было на дѣлѣ передать по наслѣдству, то оставалось въ ихъ средѣ подъ дѣйствіемъ обычая. Этимъ идея завѣщанія поддержи-

[1]) *Вл.-Будановъ*—Христоматія II, стр. 29 прим.

валась въ сознаніи крестьянскаго сословія. Подробныхъ свѣдѣній о ростѣ духовныхъ завѣщаній по обычаю во времена, наступившія съ Судебниками, кажется, почти нѣтъ. Впрочемъ, духовныя грамоты обычно-правнаго характера попадаются до позднѣйшихъ временъ, до самаго конца XVII вѣка (сохранилась, напр., духовная 1691 года [1]). Существованіе завѣщаній въ обычаяхъ крестьянъ, по крайней мѣрѣ на сѣверѣ Россіи, подтверждается по отношенію къ землеотчужденію по завѣщанію: въ XVI, XVII и даже XVIII вѣкахъ „съ одной стороны права крестьянина являются со всѣми привычными намъ аттрибутами неограниченной полной собственности: (крестьяне).... дарятъ, завѣщаютъ“ [2]) земли. Надо допустить, что идея завѣщанія не умерла и въ періодъ наибольшаго развитія крѣпостнаго права [3]); не могли-же обычаи о завѣщаніяхъ сформироваться заново въ теченіе какихъ нибудь тридцати лѣтъ, прошедшихъ съ 19 февраля; кромѣ того собираніе юридическихъ обычаевъ, въ томъ числѣ и обычаевъ о завѣщаніяхъ, началось въ Россіи уже давно, съ первыхъ дней [4]) по освобожденіи крестьянъ. Собираніе обычаевъ съ того времени прогрессивно [5]) возрастало. Было, значитъ, что собирать. Итакъ, есть основаніе ожидать въ современномъ обычномъ правѣ встрѣчи съ духовнымъ завѣщаніемъ, генетически смѣнившимъ древне-русское обычно-правное.

Какъ извѣстно, о современномъ обычномъ правѣ въ литературѣ образовались два различныхъ мнѣнія. Одни считаютъ, что есть до нѣкоторой степени единое русское обычное право, преимущественно крестьянское обычное право. Другіе не признаютъ этого, полагая, что обычаи по мѣстностямъ слишкомъ разнообразны, чтобы говорить о единомъ обычномъ правѣ. Сверхъ того даже представители перваго мнѣнія признаютъ большія трудности въ познаніи современнаго обычнаго права. Разбирать, правы ли вообще тѣ, кто отрицаетъ современное обычное право, мы не должны; что они ошибаются въ отношеніи духовныхъ завѣщаній, въ этомъ мы сейчасъ убѣдимся. Но

---

[1]) А. до Ю. Б. № 86 IV (см. выше).

[2]) *Ал. Ефименко*—назв. соч., стр. 250, 290, 297, 298.

[3]) *Филиппов*—назв. соч., стр. 47.

[4]) Подробнѣе см. у *Матвѣева* въ „Сборникѣ нар.-юр. обычаевъ“, стр. 2, еще подробнѣе у *Соловьева*—назв. соч., 324 и слѣд.

[5]) См. *Мухина*—назв. соч., стр. 5—6.

трудности познанія должны быть приняты во вниманіе. Свѣдѣнія объ обычномъ правѣ почерпаются изъ непосредственныхъ распросовъ и наблюденій, изъ разсмотрѣнія сдѣлокъ и изъ судебныхъ рѣшеній. Это главные источники познанія нашего обычнаго права; правда, еще покуда нѣтъ кодексовъ обычнаго права или хотя бы сборниковъ его на подобіе древнихъ, но вмѣсто нихъ мы имѣемъ самоличное формулированіе обычаевъ наблютателями и изслѣдователями, это тоже продуктъ отвлеченія не менѣе, если не болѣе совершеннаго [1]), чѣмъ въ древности; вѣдь и Русскую Правду составляли не богъ вѣсть какіе juris conditores. Самыя сдѣлки—источникъ столь же важный для познанія теперешняго обычнаго права, сколь важенъ онъ для возстановленія древняго; при осторожности онѣ могутъ научить многому. Но особенно не довѣряютъ рѣшеніямъ волостныхъ судовъ [2]). Отмѣчаютъ ихъ шаткость [3]); недавно еще выражались подобнымъ образомъ, напримѣръ: „что мы видимъ въ значительной массѣ судебныхъ рѣшеній? одни приговоры или доводы личные волостныхъ судей... самая суть дѣла—*обычай не выдвинутъ* въ такихъ рѣшеніяхъ, какъ бы слѣдовало, *а умолчанъ какъ слишкомъ извѣстый, безспорный*“ [4]). Чего хотятъ при этомъ: ссылокъ на статьи.... неписаннаго обычая? Что обычай умолчанъ—это только доказываетъ его подразумѣваемость, „какъ извѣстнаго и безспорнаго“, и „личные“ доводы судей, конечно, изъ него и взяты; иначе рѣшенія никого бы не удовлетворяли, ни тяжущихся, ни судей. Открыть это подразумѣваемое есть дѣло изучающаго обычаи; оно представляетъ извѣстныя трудности, вовсе не непреодолимыя; нужно только умѣнье отличать существенное отъ несущественнаго; по правду говорятъ, что такое умѣнье есть необходимое качество всякаго разскащика. Но съ другой стороны небрежность записей рѣшеній, иногда умышленная ихъ недобросовѣстность, тоже имѣютъ свое значеніе; поэтому слишкомъ превозносить судебныя рѣшенія въ качествѣ источника познанія обычаевъ не приходится. Годятся въ дѣло всѣ источники, но осторожность требуетъ осмотрительности.

---

[1]) *Филиппов*, наоборотъ, считаетъ, что прежніе сборники точнѣе (и полнѣе)—l. cit., стр. 46; трудно доказать это съ убѣдительностью.

[2]) *Кавелинъ*—„Гражданское уложеніе и крестьянское право“, въ Ю. В. 1886 г., Сент., стр. 109, 110: „жалкіе обрывки“, „предпочтительнѣе живой голосъ народа“.

[3]) *Рева*—„Законъ, жизнь и обычное право“, Ю. В. 1889 г., Май, стр 118.

[4]) *Калачовъ*—докладъ на съѣздѣ юристовъ, стр. 8.

**Духовное завѣщаніе по современному русскому обычному праву.**— Въ настоящее время свѣдѣній объ обычномъ правѣ вообще и въ частности о завѣщаніяхъ имѣется такъ много, что ими можетъ быть вполнѣ доказано слѣдующее положеніе: *современное обычноправное завѣщаніе повторяетъ почти до мельчайшихъ подробностей формы и содержаніе завѣщаній древности, будучи тождественно съ ними и въ существѣ.* Сходство крестьянскихъ обычныхъ завѣщаній съ древнерусскими подмѣчено изслѣдователями давно. Уже Бѣляевъ [1]) говоритъ о немъ; то-же можно найти и у другихъ [2]). Остается только документально подтвердить сказанное, изложивъ въ порядкѣ нѣкоторыя данныя по обычному праву; они сами за себя говорятъ.

**а. Совершеніе.**—Завѣщанія, какъ и въ древности, носятъ разнообразныя наименованія; называются „благословленіями“ [3]), „отказными письмами“ [4]), „духовными памятями“ [5]), „устными приказами“ и „устными памятями“ [6]), также „духовными завѣщаніями“ [7]). Они совершаются и словесно, и письменно [8]). Изустныя завѣщанія совершаются обыкновенно при однихъ домашнихъ, рѣдко при посторонихъ свидѣтеляхъ [9]); словесныя завѣщанія не признаются дѣйствительными только тогда, когда при составленіи ихъ присутствовало одно лицо, наиболѣе заинтересованное въ наслѣдствѣ, и если завѣщаніе сдѣлано именно въ интересахъ этого лица [10]). Въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ устныя завѣщанія въ большомъ употребленіи [11]), „отчасти

---

[1]) „Наслѣд. безъ завѣщ.“—стр. 116 и 79; *Органскій* („Наслѣд. по обычн. праву“, стр. 76) видитъ подтвержденіе этой мысли у *Бѣляева* на стр.: 24, 32, 33, 40, 45, 46, 68, 70, 75, 72, 122!

[2]) Напр. *Малышевъ*—Курсъ, т. I, стр. XXXVII; *Мухинъ*—назв. соч., стр. 304, 303; *В. П.* (рецензія на книгу *А. Ефименко*)—Ю. В. 1889 г., августъ, стр. 674; повидимому то-же *Калачовъ*—рѣчь, стр. 10.

[3]) *П. Ефименко*—назв. соч., стр. 46.

[4]) *Костровъ*—назв. соч., стр. 45.

[5]) *Матвѣевъ*—Очерки, стр. 35; Соловьевъ—назв. соч. I, стр. 104.

[6]) *Пахманъ*—Обыч. право, т. II, стр. 315, 236.

[7]) *Типовъ*—Назв. соч. 64; *Пахманъ*—l. c, II, стр. 313.

[8]) Тамъ-же—стр. 314; *Соловьевъ*—l. c., стр. 102, 104; *Гольмстенъ*—„Двадцатилѣт. практика“, стр. 122; *Костровъ*—l. c. стр. 45.

[9]) *П. Ефименко*—l. c.; не противъ и *Пахманъ*—l. c. II, 334—335.

[10]) *Добротворскій*—назв. соч., стр. 2, 293.

[11]) *Пахманъ*—II, 315; *Ефименко*—l. c., стр. 71.

въ силу неграмотности, а больше въ силу обычая" [1]). При совершеніи письменнаго завѣщанія необходимо присутствуетъ духовный отецъ, священникъ [2]); онъ-же считается наиболѣе надежнымъ свидѣтелемъ и скрѣпляетъ завѣщаніе своею подписью, иногда и приложеніемъ церковной печати [3]). Свидѣтелей беруть одного или „даже двухъ" [4]); бываетъ и до четырехъ [5]). Подписи завѣщателя большаго значенія не придаютъ; достаточно, если лицо, писавшее завѣщаніе подъ диктовку завѣщателя, было вполнѣ добросовѣстно и подтверждаетъ завѣщаніе и если оно пользовалось общимъ уваженіемъ, какъ напр. священникъ [6]); въ послѣднемъ случаѣ можно обойтись и вовсе безъ свидѣтелей; если же писецъ не удовлетворяетъ условію всеобщаго уваженія, то для признанія завѣщанія нужно, чтобы присутствовалъ по крайней мѣрѣ одинъ посторонній свидѣтель [7]). Въ формахъ совершенія завѣщаній, какъ устныхъ такъ и письменныхъ, видна цѣль, удостовѣриться, какія именно распоряженія сдѣлапы завѣщателемъ; разъ цѣль эта достигается, то можно удовольствоваться и самыми не сложными формами совершенія [8]). Формы самаго акта изслѣдованы мало, за то все остальное въ завѣщаніяхъ описываютъ довольно подробно.

б) **Лица завѣщающія.**—Завѣщаніе можетъ сдѣлать только отецъ-домохозяинъ, въ большой или малой семьѣ безразлично [9]). Мать, хотя остается хозяйкой-распорядительницей [10]), такъ что даже наслѣдственный хозяинъ подчиняется ея вліянію и безъ ея участія не пользуется правомъ отчуждать имущества [11]), по повидимому, завѣщаніе отца остается въ силѣ; свое имущество мать можетъ завѣщать [12]), правиль-

[1]) *Дашкевичъ*—„Будущее гражд. ул. и народные обычаи", Ю. В. 1886 г., августъ, стр. 519.

[2]) *Соловьевъ*—l. c., стр. 104; *Костровъ*—l. c. стр. 45.

[3]) *Дашкевичъ*—l. c., стр. 518.

[4]) *Добротворскій*—l. c., стр. 293; *Соловьевъ*—(l. c. 104): „не менѣе двухъ".

[5]) *Ibidem.*

[6]) *Пахманъ*—l. c., стр. 338.

[7]) *Добротворскій*—l. cit.

[8]) *Гольмстенъ*—l. cit.

[9]) *Пахманъ*—l. c., стр. 317, 308.

[10]) *Тарновскій*—назв. соч. стр. 38; *Еверинова*—назв. соч., стр. 29; *Доброжворскій*—l. c., стр. 290, 291 (вліяніе на раздѣлъ).

[11]) *П. Ефименко*—l. c., стр. 63.

[12]) *Соловьевъ*—l. c., стр. 103.

нѣе, дарить на случай смерти. Ограниченія правъ матери вытекаютъ не изъ ея пола, а изъ материнства, какъ въ древности; вообще, женщина къ завѣщанію правоспособна [1]) Несовершеннолѣтніе обыкновенно не бываютъ домохозяевами и завѣщаній не дѣлаютъ [2]). „Цѣлый умъ“ конечно требуется; но это требованіе почти ни у кого изъ собирателей обычаевъ не отмѣчено. Совмѣстныя завѣщанія допускаются [3]).

в) **Содержаніе завѣщанія вообще.**—Завѣщаніе касается обоихъ родовъ имущества, движимости и недвижимости [4]), родоваго недвижимаго, поскольку оно существуетъ у крестьянъ, и благопріобрѣтеннаго [5]). „О пользованіи землею послѣ умершаго члена общины также входитъ артикулъ въ завѣщаніе“ [6]). Нѣтъ указаній о переходѣ долговъ на наслѣдника по завѣщанію [7]), хотя требованія переходятъ [8]). Догма наслѣдства, впрочемъ, живетъ нерушимо; примѣняется она, надо думать, и въ случаѣ завѣщательнаго наслѣдованія, которое въ обычаѣ равноправно съ законнымъ. „Если задолжаетъ отецъ и умретъ, не заплативъ долга, то неотдѣленные сыновья принимаютъ обязательно долгъ на себя и выплачиваютъ его начисто, хотя бы со стороны кредитора и не было предъявлено никакой росписки въ этомъ долгѣ“ [9]). Характерно, что офени-прикащики поступаютъ иначе: если есть возможность, то они не платятъ; но „для очищенія себя въ глазахъ сосѣдей—„*потому всетаки нехорошо*“—распускаютъ слухъ, что отецъ уплатилъ“ [10]). Такъ глубоко внѣдрилось въ русское правосознаніе правильное пониманіе существа наслѣдства. У Соловьева сказано: „если наслѣдодатель имѣетъ долгъ и желаетъ уплатить его изъ наслѣдственнаго имущества, то объ этомъ онъ обыкновенно говоритъ въ самомъ завѣщаніи“ [11]). Но отсюда еще не слѣдуетъ, чтобы

---

[1]) *Пахманъ*—l. c., стр. 319.
[2]) *Ibidem.*
[3]) *Ibidem.*
[4]) *Тамъ-же*—стр. 326.
[5]) *Титовъ*—l. c., стр. 64.
[6]) *П. Ефименко*—l. cit.
[7]) Но ср. ниже.
[8]) *Пахманъ*—ibidem.
[9]) *Добротворскій*—l. c. 288, 289. *Гольмстенъ*—l. c., стр. 121, 122.
[10]) *Добротворскій*—Ibidem.
[11]) *Соловьевъ*—l. c., стр. 107.

безъ оговорки долгъ не переходилъ на наслѣдника по завѣщанію; напротивъ, переходъ нужно допустить, согласно воззрѣнію обычнаго права на равносильность обоихъ порядковъ наслѣдованія. При оговоркѣ, очевидно переходитъ и безкабальный долгъ. Таково главное имущественное содержаніе завѣщаній. По сравненію съ древностью новаго нѣтъ ничего.

*α*) **Не главная часть содержанія.**—Изъ наличнаго имущества завѣщателемъ назначаются выдѣлы. Прежде всего женѣ, и тогда наслѣдники не могутъ лишить ее этой части [1]), даже если бы она захотѣла выйти замужъ вторично [2]). Впрочемъ есть и обратное извѣстіе: говорятъ, что въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ при вторичномъ замужествѣ женина часть отбирается [3]). Дѣлаютъ въ завѣщаніяхъ выдѣлы и другимъ лицамъ [4]); выдѣляютъ обыкновенно „корову либо лошадь, телѣгу и т. п., смотря по достатку“ [5]). Опредѣляется приданое дочери, если она выходитъ замужъ [6]). Исчисляется „сколько и чего именно употребить на поминовенье души“ [7]) и раздать нищимъ [8]). Если завѣщатель не надѣется, что наслѣдники раздѣлятся мирно, то назначаетъ имъ „распорядителя“ [9]), душеприкащика [10]); но это бываетъ рѣдко [11]). Душеприкащиковъ избираютъ изъ родственниковъ рѣже, чѣмъ изъ постороннихъ. Въ завѣщаніи могутъ быть назначены опекуны [12]).

Къ случайнымъ частямъ содержанія завѣщанія, нужно отнести и заключительныя наставленія жить дружно [13]), просьбы исполнить волю завѣщателя безпрекословно, раздѣлиться мирно, оказывать по-

---

[1]) *Тамъ-же*—стр. 103.

[2]) *Добротворскій*—стр. 290.

[3]) *Костровъ*—стр. 35; выдѣлъ можетъ быть сдѣланъ подъ условіемъ невыхода замужъ и тогда понятно отбирается при невыполненіи условія, см. *Соловьевъ*—l. c. стр. 103.

[4]) *Пахманъ*—стр. 233 и сл.

[5]) *П. Ефименко*—стр. 72; *Костровъ*—стр. 32, 33.

[6]) *П. Ефименко*—стр. 72; *Пахманъ*—стр. 329 и др.

[7]) *Титовъ*—стр. 63; *П. Ефименко*—l. cit.

[8]) *Соловьевъ*—стр. 104; *Тарновскій*—стр. 42.

[9]) *Добротворскій*—стр. 293.

[10]) *Соловьевъ*—тамъ-же.

[11]) *П. Ефименко*—тамъ-же.

[12]) *Пахманъ*—стр. 329.

[13]) *П. Ефименко*—стр. 73.

чтеніе матери [1]), и т. под. Этихъ наставленій нельзя разсматривать въ качествѣ условій для наслѣдованія; исполняются они не необходимо, при томъ не имѣютъ обязательнаго характера [2]).

3) **Главная часть содержанія.**—Но самая суть обычнаго завѣщанія конечно въ его главномъ содержаніе: *кто наслѣдникъ и какъ распредѣляется наслѣдство?* Наслѣдникъ, какъ и въ древности, тотъ же, что и безъ завѣщанія [3]): дѣти, но и жена [4]) (особенно въ Малороссіи [5]), чаще жена съ дѣтьми. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ отецъ властенъ обойти одного или всѣхъ дѣтей [6]) и передать имущество дальнѣйшему родственнику; именно, когда дѣти заявили себя оскорбительными поступками [7]) по отношенію къ отцу или жена по отношенію къ мужу: такъ напр., мужъ не оставляетъ наслѣдства женѣ за непорядочность поведенія [8]): „потому что не имѣлъ никакой надежды на исправленіе моей жены". Exheredati'я возможна, но только такъ сказать перваго разряда наслѣдниковъ въ пользу слѣдующаго разряда ихъ; при бездѣтности распоряжаются и въ пользу постороннихъ [9]). Съ другой стороны наслѣдуютъ только невыдѣленныя дѣти. Такимъ образомъ современные обычаи согласны съ обоими толкованіями 53 статьи Иск. Суд. Граматы. Поскольку отецъ самъ держится взглядовъ обычнаго права, постольку выборъ наслѣдника не будетъ юридически необходимъ. Но теперь изрѣдка бываютъ попытки обойти законныхъ наслѣдниковъ и передать наслѣдство постороннимъ. Кромѣ указаннаго случая, передача наслѣдства стороннимъ допускается при завѣщаніи имущества въ пользу любовницы; такія завѣщанія всегда признаются [10]). Слѣдовательно и при наслѣдованіи сторонніхъ лицъ,

---

[1]) *Пахманъ* II стр. 331.

[2]) *Тарковскій* -l. c. стр. 42

[3]) *Пахманъ*—стр. 320.

[4]) *А. Ефименко*—l. c. стр. 160; *Соловьевъ*, стр. 104; *Титовъ*—стр. 65; *П. Ефименко*—стр. 70.

[5]) *Барыковъ*—назв. соч., стр. 30.

[6]) *Пахманъ*—стр. 321.

[7]) *Тамъ-же*; *Соловьевъ*—стр. 102; *П. Ефименко*—стр. 70, 71; ср. *Титовъ*—стр. 64.

[8]) *Костровъ*—l. c. стр. 45.

[9]) *Титовъ*—ibidem: если нѣтъ законныхъ поводовъ, то нужно согласіе обычныхъ наслѣдниковъ на ихъ экстередацію.

[10]) *Титовъ*—стр. 66.

они назначаются завѣщателемъ не вопреки обычаю, а солидарно съ нимъ. Поэтому хотя въ обычномъ правѣ термины „необходимость“ и „произволъ“ и несовсѣмъ удобны, но въ общемъ справедливо, что завѣщатель, „*не можетъ выступить за предѣлы* того тѣснаго *круга лицъ*, который образуется *семьею* умирающаго“ [1]) и, добавимъ, *другими возможными по обычаю наслѣдниками*; всѣхъ ихъ назовемъ, пожалуй, необходимыми [2]).

Столько же несвободенъ завѣщатель и въ распредѣленіи имущества между наслѣдниками. Собиратели обычаевъ почти всѣ, особенно позднѣйшіе, признаютъ существованіе въ обычномъ правѣ крестьянъ семейной собственности [3]). Наслѣдованіе имъ представляется разложеніемъ семейнаго имущества [4]) и назначеніе завѣщательнаго произвола въ обычаѣ, по ихъ мнѣнію, ограничивается наиболѣе справедливымъ уравнительнымъ распредѣленіемъ имущества между остающимися членами семьи [5]). Завѣщатель при этомъ неизбѣжно руководствуется общимъ мнѣніемъ объ уравнительности раздѣла, которое и есть велѣніе обычнаго права; такимъ образомъ *произволъ завѣщателя связанъ обычною нормою*; хотя въ то же время завѣщатель избираетъ наслѣдниковъ и распредѣляетъ имущество *совершенно свободно*, такъ какъ самъ держится взглядовъ обычнаго права. Такъ было и въ древности.

Итакъ, народное завѣщаніе распредѣляетъ имущество *уравнительно согласно обычаю*. Къ такому выводу нужно прійти и принявъ во вниманіе „трудовое начало“ [6]), признавъ крестьянскую семью, „кровной артелью“ [7]), „имущественной корпораціей“ [8]), „трудовою

---

[1]) *Мухинъ*—l. c., стр. 71; то-же *Пахманъ*—стр. 316, 318.

[2]) *Мухинъ*—тамъ-же, стр. 73; *Соловьевъ*—стр. 102.

[3]) *Оршанскій*—Изсл. по об. праву, стр. 69, 71; *А. Ефименко*—стр. 153; *Мухинъ*—стр. 40, 50; *Барыковъ*—стр. 67; *Еврейнова*—l c., стр. 33, 41, 42; *Матвѣевъ*—стр. 33; *Соловьевъ*—стр. 102; *Костровъ*—стр. 40, 30 („сем. собственность“ и „полный хозяинъ“); *Змирловъ*—повторяетъ уже, какъ извѣстное, въ назн. соч. о родовыхъ имуществахъ, стр. 81.

[4]) *Мухинъ*—стр. 52; то-же *В. Н.*—l. c., стр 676.

[5]) Мысль о распредѣлительномъ характерѣ теперешняго обычнаго завѣщанія встрѣчается у многихъ: *Н. Ефименко*—стр. 71, 72; *Добротворскій*—стр. 293; *Титовъ*—стр. 64; и т. д.

[6]) *А. Ефименко*—l. c, стр. 139, 140; *Тарновскій*—стр. 35 (о заработкѣ); *Дашкевичъ*—l. c. стр. 509.

[7]) *Барыковъ*—l. c., стр. 5.

[8]) *Матвѣевъ*—l. c., стр. 327.

ассоціаціей“ [1]) или „рабочимъ хозяйственнымъ союзомъ“ [2]). Дѣйствительно, наслѣдникамъ принадлежитъ право не только по крови, но и по вложенному въ наслѣдство труду. Опредѣленіе производительности ихъ труда, а съ тѣмъ вмѣстѣ и размѣра правъ каждаго наслѣдника, принадлежитъ отцу; онъ же *сообразается съ требованіемъ обычнаго права, тождественнымъ съ его собственнымъ мнѣніемъ объ уравнительности раздѣла* имущества. А если такъ, то главѣ семейства, воля котораго считается священною [3]), „принадлежитъ несомнѣнно власть въ распоряженіи имуществомъ семьи.... относительно распоряженій на случай смерти и *въ принципѣ воля главы семейства признается свободною*“ [4]), прибавимъ, настолько же насколько она была свободна въ древнемъ обычномъ правѣ, *такъ какъ личная санкція обычнаго права*, составляя его сущность, не могла уничтожиться и, слѣдовательно, она *допущена законодателемъ*.

Имѣніе завѣщается въ собственность [5]), но также въ пожизненное пользованіе [6]). Наслѣдники могутъ быть назначены подъ условіемъ въ техническомъ смыслѣ слова и „съ уговоромъ“ (modus) [7]). Допускаются субституціи даже для цѣлаго ряда наслѣдниковъ [8]). Къ обязательнымъ условіямъ нужно причислить попадающуюся въ завѣщаніяхъ раскольниковъ оговорку: наслѣдникамъ быть послѣдователями ихъ ученія [9]).

**г) Свидѣтельствованіе, храненіе, измѣненіе, исполненіе, споры.**— Что касается свидѣтельствованія и храненія, то письменныя завѣщанія предъявляются въ волостное правленіе, гдѣ они вносятся по узаконеннымъ правиламъ въ книгу сдѣлокъ и договоровъ [10]); по взгляду народа это необязательно для тѣхъ завѣщаній, которыя писаны и

---

[1]) *Дашкевичъ*—тамъ-же.

[2]) *Барыковъ*—тамъ-же; *Костровъ*—l. cit.

[3]) *И. Ефименко*—l. c., стр. 73; *Соловьевъ*—стр. 103.

[4]) *Пахманъ*—l. c., II, стр. 209.

[5]) *Тамъ-же*—стр. 324, 332.

[6]) *Тамъ-же.*

[7]) *Тамъ-же*—стр. 330.

[8]) *Тамъ-же*—стр. 325.

[9]) *Тамъ-же*—стр. 339.

[10]) *Тамъ-же.*

[11]) *Тамъ-же.*

подписаны священникомъ [1]). Хранятся завѣщанія чаще у священника [2]) или въ церкви [3]), у самого завѣщателя или у его жены. „До самой смерти воля завѣщателя свободна; въ силу обычнаго права завѣщатель можетъ во всякое время измѣнить или уничтожить сдѣланное завѣщаніе“ [4]). Исполняются завѣщанія, смотря по ихъ содержанію [5]); иногда завѣщанія исполняются еще при жизни завѣщателя, такъ что „завѣщаніе хотя и разрѣшаетъ вопросъ о посмертномъ преемствѣ имущественныхъ правъ завѣщателя, но собственно заключается въ передачѣ имущества тому или другому лицу на извѣстныхъ условіяхъ“ [6]). Исполнители завѣщаній — наслѣдники, общество, опекуны [7]) или, какъ сказано, душеприкащики [8]); они производятъ раздѣлъ наслѣдства. Споры противъ завѣщаній и ихъ подсудность, само собой разумѣется, другіе нежели въ древности. Но и то обыкновенно они разрѣшаются съ помощью свидѣтелей сельскимъ начальствомъ [9]).

Не вся Россія обслѣдована въ отношеніи обычнаго права. Но изъ разныхъ мѣстностей, удаленныхъ другъ отъ друга, какъ Малороссія отъ Архангельской губерніи или какъ эта послѣдняя отъ Томской, получаются почти тождественныя свѣдѣнія о духовныхъ завѣщаніяхъ по мѣстнымъ обычаямъ. Это даетъ основаніе признать существованіе духовнаго завѣщанія по современному русскому обычному праву, подобно тому, какъ признаютъ существованіе древне-русскаго духовнаго завѣщанія. Полагаемъ, что современное обычное завѣщаніе весьма мало отличается отъ древне-русскаго и съ нимъ однохарактерно.

---

[1]) *Пахманъ*—стр. 342.
[2]) *Тамъ-же*—стр. 330.
[3]) *Соловьевъ*—стр. 104; *Титовъ*—стр. 64.
[4]) *Пахманъ*—стр. 342; *Титовъ*—стр. 65; тоже у *Гольмстена* (l. c.) съ примѣрами.
[5]) *Соловьевъ*—стр. 105.
[6]) *Пахманъ*—стр. 344.
[7]) *Тамъ-же.*
[8]) *Пахманъ*—стр. 349.
[9]) *И. Ефименко*—стр. 79; *Соловьевъ*—стр. 105.

ГЛАВА ВТОРАЯ.

# ДУХОВНЫЯ ЗАВѢЩАНІЯ ПО ЗАКОНУ.

## § 7. ЗАВѢЩАНІЕ въ XVI и XVII ВѢКАХЪ.

Было время, когда весь русскій народъ пользовался однимъ, общимъ завѣщательнымъ правомъ. Типической представительницей заключительныхъ моментовъ той эпохи является „порядная“ Псковской Суди. Граматы и во всемъ сходная съ нею „духовная“ Княжескаго Судебника. Большинство населенія сохранило и донынѣ, какъ мы видѣли, во всей цѣлостной неприкосновенности древне-русское воззрѣніе. Для меньшинства дѣло пошло иначе. Законъ, ставшій по Царскому Судебнику единственнымъ источникомъ права, сначала принялъ духовную подъ свое покровительство, а затѣмъ, начиная съ содержанія и кончая порядкомъ совершенія, постепенно замѣнилъ ее духовнымъ завѣщаніемъ въ смыслѣ 1010 статьи X т. 1 ч.

1) **Формы завѣщанія.**—Что касается формы, совершенія и засвидѣтельствованія духовной, то за XVI—XVII вѣкъ не произошло въ нихъ никакихъ ощутительныхъ измѣненій. Такъ было и на дѣлѣ, какъ видно изъ дошедшихъ подлинныхъ духовныхъ, но, что важнѣе, фактическое положеніе признано законнымъ. Молчаніе 2-го Судебника восполняется послѣдовавшими за нимъ узаконеніями. Въ указѣ 1557 г., сохранившемся и въ Указной Книгѣ Вѣдомства Казначеевъ, и въ Указной Книгѣ Помѣстнаго Приказа упоминаются духовныя, которыя признаются въ силѣ, „буде подписаны и запечатаны“ [1]), т. е·

[1]) Ук. К. В. К. VI -Христомат. III, стр. 12; Ук. К. П. П. (новый указъ) 3—Христоматія III, стр. 218.

совершены обыкновеннымъ порядкомъ. Но на случай отсутствія подписанія и запечатанія допускается уже утвержденіе судебнымъ порядкомъ. По указу 1561 г. [1]) неподписанныя и незапечатанныя духовныя, если и „рукъ (завѣщателей) у духовныхъ нѣтъ-же, а руки у духовныхъ прикащиковъ и отцовъ духовныхъ, а у иныхъ отцовъ духовныхъ однихъ руки“,—могутъ быть оспорены; но если „отвѣтчики на судѣ“ не докажутъ, что эти духовныя „нарядныя“, то онѣ признаются въ силѣ—„вѣдь только на пихъ и пороку, что не подписаны и незапечатаны“. При полномъ же отсутствіи подписей—духовная недѣйствительна: „а тѣмъ не вѣрити, что не подписаны и не запечатаны или руки вскорѣ приложити не успѣлъ“. Такъ, кажется, нужно понять это довольно темное мѣсто. Въ этихъ постановленіяхъ ярко выступаетъ цѣль и значеніе формъ духовной: обезпечить дѣйствительность выраженія воли завѣщателемъ; разъ она доказана, или хотя бы не опровергнута, завѣщаніе признается подлиннымъ даже при наличности нѣкоторыхъ формальныхъ упущеній. Еще опредѣленнѣе та-же цѣль всѣхъ формальностей видна изъ другаго указа, упомянутаго раньше: „которая жена у мужа умретъ, а напишетъ мужа своего въ прикащики и тому мужу въ прикащикѣхъ не быти и та духовная не въ духовную“. Въ этихъ словахъ, по одному толкованью видно запрещеніе мужу быть душеприкащикомъ у жены; черезъ нѣкоторое время такое ограниченіе сокращено: „такія завѣщанія, въ которыхъ рядомъ съ мужьями назначены душеприкащиками и родственники жены-завѣщательницы, должны считаться дѣйствительными“, и понятно почему: „участіе родственниковъ жены ручается за то, что не было насилія ея волѣ“ [2]). Итакъ, первое же ограниченіе, установленное закономъ, въ свою очередь скоро сокращено подъ вліяніемъ, вѣроятно, духовной власти [3]).

Уже, можно сказать, накануне Уложенія, находимъ указъ давшій подтвержденіе равнымъ образомъ издревле господствовавшему обычаю подписей за неграмотныхъ завѣщателей. „О кабалахъ и другихъ какихъ крѣпостяхъ“ постановлено: „кто не умѣетъ граматѣ и въ нихъ мѣсто руки прикладывать отцамъ ихъ духовнымъ или роду

---

[1]) Ук. К. В К. XVII—Христом. III, стр. 28.

[2]) *Вл.-Буданов*ъ—Христоматія III, стр. 28, прим. 88.

[3]) *Ibidem.*

ихъ ближнему, братьѣ роднымъ или племянникамъ", если бы отецъ духовный почему либо не могъ подписаться. Этотъ указъ (1629 г.) [1] относится только къ крѣпостямъ и кабаламъ, къ договорамъ, чѣмъ и объясняется тѣсный кругъ лицъ, допускаемыхъ къ рукоприкладству [2]; на духовныя онъ не распространяется: вопросъ задавъ о договорахъ и—„*по той статьѣ* государи указали" то-то. Между тѣмъ изъ ук. 1561 г. [3] ясно, что у духовныхъ могли подписываться прикащики, а въ прикащики допускались и сторонніе люди. Итакъ, законъ 1629 г., опредѣливъ точно кругъ рукоприкладчиковъ за неграматныхъ при заключеніи договоровъ, но ограничивъ себя только ими, косвенно допустилъ подписи за неграмотныхъ завѣщателей рукою даже сторонпихъ людей; а это практиковалось съ древнѣйшихъ временъ.

Словомъ, заведенный изстари порядокъ написанія, свидѣтельствованія какъ и формы завѣщаній постоянно укрѣплялся практикой: законодательство сначала изрѣдка его подтверждало, но, преимущественно, признавало правомѣрнымъ молчаливо. Уложеніе Ц. А. М., опредѣливъ порядокъ и мѣсто писанія крѣпостей, изъяло отъ него духовныя; духовныя позволено по прежнему писать „въ селахъ и деревняхъ и по подворьямъ" [4]. Единственный, пока, домашній порядокъ составленія духовныхъ признанъ, но не регламентированъ и Уложеніемъ. Въ смыслѣ признанія факта выражаются и новоуказныя статьи; мало того, въ нихъ подтверждается древнее право на обѣ формы завѣщаній—словесную и письменную. Въ 1680 г. патріаршимъ указомъ, помѣченнымъ въ Разбойномъ Приказѣ повелѣно: допрашивать отцовъ духовныхъ только „о приказѣхъ словѣсныхъ", которые „кто отходя сего свѣта о себѣ о чемъ приказываютъ отцемъ своимъ духовнымъ или пишутъ завѣты сирѣчь духовныя", но не о томъ, что говорятъ умирающіе на исповѣди [5]. Ту-же силу имѣетъ и другое узаконеніе: въ 1690 году [6] изданъ законъ, въ которомъ упоминаются „допросы отцовъ духовныхъ послѣ умершихъ всякихъ чиновъ людей".

---

[1]) Ук. К. З. П. п. 7—Христом. III, стр. 139.

[2]) *Вл.-Будановъ*—„Христоматія" III, стр. 129, прим. 48.

[3]) Ук. К. В. К. XVII—Христомат. III, стр. 27.

[4]) Ул. Ц. А. М. гл. X, стр. 258.

[5]) П. С. З. 827.

[6]) П. С. З. 1383.

Неволинъ въ подтвержденіе того, что изустныя памяти признавались въ XVII вѣкѣ приводитъ ссылку только на указъ 1680 года; но и изъ указа 1690 года то-же видно съ ясностью. Если сопоставить оба указа, то станетъ несомнѣннымъ, что *словесныя завѣщанія признавались равноправными съ письменными до самаго конца XVII вѣка.* Наконецъ, законъ 1697 года опредѣлилъ: не свидѣтельствовать духовныхъ и ничего по тѣмъ духовнымъ отнюдь не чинить безъ указа Патріарха [1]). Этимъ подтверждена подсудность завѣщаній церкви.

Болѣе подробныхъ свѣдѣній объ обрядѣ совершенія и свидѣтельствованія и о формѣ духовныхъ отъ XVI—XVII вѣка кажется не имѣется, по крайней мѣрѣ въ источникахъ намъ не удалось отыскать нужнаго ни непосредственно, ни черезъ посредство русской литературы. Но мы думаемъ, что и приведеннаго достаточно, чтобы понять въ какомъ положеніи была эта сторона дѣла въ XVI и XVII вѣкахъ: духовныя завѣщанія оставались на рукахъ практики, т. е. подъ непосредственнымъ наблюденіемъ духовенства съ Патріархомъ, разрѣшающимъ свидѣтельствованіе духовной во главѣ. Формы, укоренныя обычаемъ, совершенствовались на практикѣ, но не опредѣлялись еще закономъ, и къ началу XVIII вѣка законъ только по временамъ укрѣплялъ ихъ своимъ одобреніемъ. Итакъ, *ко времени указовъ Петра духовныя завѣщанія совершались по принятому обыкновенію* и *свидѣтельствовались духовной властью прежнимъ порядкомъ.*

2) **Содержаніе завѣщанія.**—Но что произошло за тотъ же промежутокъ времени съ содержаніемъ духовныхъ? Фактически и тутъ завѣщанія держались, вѣроятно, старины. Есть напримѣръ въ Указн. Кн. Вѣдом. Казначеевъ законъ, упоминающій „долги денежные и хлѣбные по памятямъ и по духовнымъ грамотамъ“ [2]); о долгахъ по духовнымъ говорится, какъ объ общеизвѣстномъ фактѣ. Законъ-же съ теченіемъ времени сосредоточивался все больше и больше лишь на, такъ сказать, пріобрѣтательной сторонѣ содержанія духовныхъ. Служилые люди были въ это время очень нужны государству, они получали отъ него въ качествѣ жалованья недвижимыя имѣнія въ условное владѣніе. Они же обладали и главной массой прочихъ угодій и „людей“. Ихъ имущественныя правоотношенія не могли не интере-

---

[1]) П. С. З. 1612.

[2]) Ук. К. В. К. VII—Христоматія III, стр. 12 и А. И., т. I, № 154, VII.

совать государство, въ особенности по отношенію къ землямъ. Произошли-ли вотчины отъ помѣстій или наоборотъ, а къ XVI вѣку въ гражданскомъ оборотѣ Россіи имѣлось очень много видовъ вотчинныхъ правъ на землю. Существовали вотчины родовыя, старинныя, выслуженныя, купленныя изъ родовыхъ и выслуженныхъ, жалованныя и купленныя изъ порожнихъ земель, вотчины купленныя изъ помѣстій и купли просто, наконецъ помѣстья. По Судебникамъ, земли, что касается наслѣдованія по завѣщанію, трактуются еще наравнѣ съ движимою собственностью [1]). Поэтому, хотя онѣ и носили характеръ семейной собственности, но поступали по духовнымъ въ наслѣдство согласно обычному праву. Но законъ, вступая въ свои права, не могъ довольствоваться нѣкоторой неопредѣленностью обычныхъ воззрѣній. Понадобились точныя разграниченія. Явилась потребность въ положительномъ опредѣленіи правъ на посмертную передачу земельныхъ имуществъ. Одни полагали и полагаютъ, что у насъ не существовало въ этомъ отношеніи различія между благопріобрѣтенными и родовыми недвижимостями вплоть до указа 1679 г. [2]), когда, будто бы, оно было сразу введено. Другіе выражаются нѣсколько иначе: говорятъ, что до указа 1679 г. не было только положительнаго запрещенія дѣлать завѣщанія на родовыя вотчины, хотя на практикѣ произвольность завѣщанія колебалась, благодаря существовавшимъ уже ограниченіямъ [3]). Съ первымъ взглядомъ согласиться нельзя; второй требуетъ нѣкоторой поправки.

Понятіе о *благопріобрѣтенномъ* имуществѣ существовало уже въ древности. Незачѣмъ забираться далеко—это видно и изъ выше-приводимыхъ источниковъ; напр. Калита въ духовной говоритъ объ одномъ селѣ „бабы нашея купля“; и въ другихъ духовныхъ попадаются въ изобиліи термины, соотвѣтствующіе понятію объ имуществѣ, пріобрѣтенномъ самимъ завѣщателемъ [4]) въ отличіе отъ имущества, не самимъ завѣщателемъ приисканнаго, можно его назвать и родовымъ. Самый терминъ „вотчина“—подобный римскому patrimonium примѣ-

[1]) Ц. С., ст. 92—Христомат. II, стр. 175.

[2]) *Полежаевъ* О завѣщаніяхъ, стр. 52; наоборотъ, *Никольскій*—Объ основныхъ моментахъ, стр. 74; ср. *Брандта*—О родовыхъ имуществахъ, стр 35.

[3]) *Лакіеръ*—О вотчинахъ и помѣстьяхъ, стр. 160.

[4]) См. С. Г. Г. и Д. т. I, № 39 („примыселъ“), № 42 („прикупъ и примыселъ“), № 86 и № 87 („купля“), и другіе.

нялся и къ купленнымъ землямъ, и до нѣкоторой степени, правда, сглаживалъ различіе, такъ что тѣ и другія имущества—благопріобрѣтенныя и родовыя—шли въ общей наслѣдственной массѣ. Впрочемъ возможно, что обычай допускалъ для благопріобрѣтеннаго болѣе широкій кругъ наслѣдниковъ [1]) и что прочая недвижимость наслѣдовалась въ болѣе тѣсныхъ предѣлахъ по лицамъ наслѣдующимъ. Такъ было прежде; когда же законодательство, начиная съ XVI в., стало особенно сильно преслѣдовать свое правило—„чтобы земля изъ службы не выходила"—а для этого стало стремиться расширить свои права на вотчины частныхъ лицъ, ему пришлось категорически высказаться о томъ, признается-ли различіе между благопріобрѣтеннымъ имуществомъ и имуществомъ пріобрѣтеннымъ не самимъ завѣщателемъ, и если да, то какъ это отражается на завѣщательныхъ о немъ распоряженіяхъ. И вотъ постепенно издано довольно много разнообразныхъ запрещеній, законы о которыхъ исходятъ уже изъ различія между двумя названными родами имуществъ. Законъ первоначально и здѣсь отправляется отъ наблюдаемаго въ обычаѣ, но, добавляя одно ограниченіе за другимъ, создаетъ въ 1679 году уже очевидное несходство благопріобрѣтенныхъ имуществъ съ родовыми, имуществъ подлежащихъ произвольному распоряженію собственника, въ томъ числѣ распоряженію и по духовной, съ имуществами, переходящими въ силу юридической необходимости [2]). Въ Судебникахъ находимъ объ этомъ еще мало подробностей [3]). Но Царскій Судебникъ уже начинаетъ, едва замѣтнымъ образомъ, процессъ законодательнаго обособленія благопріобрѣтеннаго отъ родоваго. Тутъ говорится: „а кто напишетъ свою куплю дѣтямъ своимъ послѣ своего живота имъ та вотчина" [4]). Законъ именно подтверждаетъ право, распорядиться куплей

[1]) *Вл.-Буданов*ъ говоритъ: „для завѣщателя открывается въ первый разъ большій просторъ субъективной воли въ распоряженіи своимъ благопріобрѣтеннымъ". („Обзоръ", стр. 409). *Большій* просторъ не открывается.

[2]) По словамъ *Никольскаго* („Объ основныхъ моментахъ", стр. 75), „полное сознательное опредѣленіе особыхъ свойствъ того и другаго имущества послѣдовало только въ Сводѣ Законовъ". *Змирлов*ъ думаетъ, что до Св. Зак. не было только „общаго для всѣхъ недвижимостей дѣленія на два рода, по крайней мѣрѣ съ тѣмъ значеніемъ, какое допущено Сводомъ". („Значеніе родов. имущ.", стр. 54, 59). Но см. екатерининскія Жалованныя Грамоты.

[3]) *Майстренков*ъ—„Разсужденіе", стр. 16.

[4]) Ц. С., ст. 85—Христоматія II, стр. 70.

пока только въ пользу дѣтей. Въ указѣ Ивана Васильевича (по списку Татищева) сказано далѣе, на случай отсутствія дѣтей: „которые люди... дѣтей не имѣютъ, а похотятъ свои вотчины... въ монастырь по душѣ отдати и имъ вольно всѣ свои купли“ [1]). И тутъ подтверждается право на распоряженіе благопріобрѣтеннымъ, при томъ опять согласно прежней практикѣ: за неимѣніемъ дѣтей имущество шло чаще всего въ монастыри. Уже въ XVII вѣкѣ, въ отстраненіе притязаній на выкупъ со стороны родственниковъ завѣщателя, снова признано [2]) правило о куплях: „а до купель дѣла нѣтъ“, „кто куплю свою напишетъ послѣ живота...“ и проч. повторено дословно постановленіе Судебника, выписанное выше. Наконецъ въ Уложеніи позволено отдавать купленныя вотчины по духовнымъ женамъ опричь дѣтей и даже бездѣтнымъ женамъ подъ условіемъ невыхода замужъ, постриженія, или въ пожизненное владѣніе съ тѣмъ, что по смерти ихъ или въ случаѣ невыполненія условія вотчина идетъ роду умершаго, „кому та вотчина въ духовной будетъ написана“; подразумѣвается, что завѣщатель не обойдетъ родственниковъ [3]). Въ Уложеніи видна и полная свобода въ распоряженіи благопріобрѣтеннымъ помощью завѣщанія; законъ подтвердилъ ее ясно и опредѣленно: если кто свою купленую вотчину послѣ своего живота *кому* откажетъ и въ духовную напишетъ и у свидѣтельства та духовная будетъ не оспорена, то выкупныя претензіи родственниковъ закономъ отстраняются [4]). Такимъ образомъ, въ законодательствѣ разсматриваемой эпохи мы видимъ постепенное расширеніе правъ на распоряженіе по завѣщанію куплей—благопріобрѣтеннымъ. Сначала позволено завѣщать благопріобрѣтенное дѣтямъ, затѣмъ, на случай ихъ отсутствія, въ монастырь, далѣе уже и при дѣтяхъ—мимо ихъ—женѣ, а по ея смерти родственникамъ, наконецъ *кому заблагоразсудится*.

Параллельно съ наростаніемъ правъ на благопріобрѣтенное и съ увеличеніемъ законной произвольности отказа его по завѣщанію, запечатлѣвалась въ нормахъ закона несвобода завѣщаній на *родовое* имущество. Впервые она прямо признана для князей: право завѣщать

---

[1]) *Вл.-Будановъ*—Христомат. III, стр. 33—34, примѣч. 105.

[2]) Ук. К. II. II. (ук. 7136 г.)—Христ. III, стр. 215—216.

[3]) Ул. Ц. А. М., гл. XVII, ст. 7.

[4]) Ул. Ц. А. М., гл. XVII, ст. 31.

свои вотчины, и то съ разрѣшенія государя, оставлено имъ только въ предѣлахъ тѣхъ степеней родства, въ которыхъ позволенъ бракъ, т. е. самыхъ близкихъ; такой кругъ завѣщательныхъ распоряженій можно было сохранить: эти родственники были все равно законными наслѣдниками и безъ завѣщанія, какъ „ближній родъ“ [1]). Княжескія вотчины считаются родовыми, поэтому тѣмъ же указомъ запрещено давать ихъ по духовной въ приданое дочерямъ и по душѣ [2]); между тѣмъ изъ благопріобрѣтеннаго и князьямъ позволялось „душу строити“. Жены князей имѣли право получать вотчины по духовнымъ ихъ мужей только въ пожизненное пользованіе [3]). Позднѣе снова высказано въ законѣ, что по духовнымъ можно отказывать ближайшимъ родственникамъ и родовыя вотчины; въ такомъ случаѣ онѣ считались, какъ бы перешедшими по родству [4])—ясный знакъ, что родовое можетъ переходить по духовной только къ законнымъ наслѣдникамъ. Это правило вошло въ Уложеніе разомъ по отношенію къ родовымъ и выслуженнымъ вотчинамъ [5]). Въ прежніе годы, до Уложенія, выслуженными можно было распорядиться настолько, насколько то позволялось въ жаловапной грамотѣ [6]), новая форма которыхъ, съ точнымъ прописаніемъ правъ собственника, издана въ 1627 г. [7]). Тутъ онѣ приравнены родовымъ Нѣкоторыми правами распоряженія по духовной обладали до Уложенія и вотчинники купленныхъ у казны земель [8]). Правило Уложенія о родовыхъ вотчинахъ распространяется и на вотчины купленныя у вотчинниковъ своего же рода „для того, что тѣ вотчины ихъ родственныя и выслуженныя“ [9]). Противоположеніе „родственныхъ“, т. е. родовыхъ, какимъ то другимъ (т. е. благопріобрѣтеннымъ) вотчинамъ въ Уложеніи не подлежитъ уже сомнѣнію; изъ указовъ видно, какъ выше, что права распоряженія по завѣщанію на тѣ и другія были неодинаковы. Съ родовыми Уложе-

---

[1]) Ук. К. В. К. (л. 7070)—Христом. III, стр. 29.
[2]) Тамъ-же—стр. 29.
[3]) Ук. К. В. К. XVIII—тамъ-же, стр. 32.
[4]) Ук. К. П. П. (новый ук.) 6—тамъ-же, стр. 212.
[5]) Улож. Ц. А. М., гл. XVII, ст. 1.
[6]) Ул. Ц. А. М., гл. XVII, ст. 42.
[7]) Ук. К. П. П. (новый ук.) 7—Христом. III, стр. 215.
[8]) Ук. К. П. П. (новый ук.) 15—Христ. III, стр. 221.
[9]) У. Ц. А. М., гл. XVII, ст. 8.

піемъ сравнены и вотчины купленыя изъ помѣстьевъ [1]). Ограниченныя права завѣщателя на родовыя и выслуженныя вотчины (и на всѣ, имѣвшія съ ними одинаковое значеніе) подтверждены и въ слѣдующемъ за изданіемъ Уложенія году, но не расширены. Патріаршимъ именнымъ указомъ съ боярскимъ приговоромъ повелѣно не свидѣтельствовать и не печатать такихъ духовныхъ, въ которыхъ вопреки Уложенію выслуженныя и старинныя вотчины записаны женамъ бездѣтнымъ [2]). Въ этой группѣ законоположеній замѣчается наслоеніе ограниченій въ распоряженіи по завѣщанію родовыми недвижимостями. Принявъ взглядъ обычнаго права, по которому имущество пріобрѣтенное не самимъ завѣщателемъ должно было итти законнымъ наслѣдникамъ, законодательство опредѣленно нормируетъ право вотчича на завѣщаніе родовой и выслуженной вотчины, законъ назначаетъ завѣщателю кругъ *необходимыхъ наслѣдниковъ*. Что прежде было дѣломъ сознательнаго произволенія, то теперь стало требованіемъ внѣшней нормы.

Основываясь на разсмотрѣнныхъ законахъ, можно признать: 1) что разница въ правахъ распоряженія по завѣщанію въ отношеніи благопріобрѣтеннаго и родоваго въ XVI и началѣ XVII вѣка уже существовала, 2) что она, хотя не съ полною опредѣленностью, и высказана въ законѣ еще до 1679 года и 3) что хотя не было запрещено писать духовныя о родовыхъ имуществахъ, но съ произвольностью завѣщанія родовыхъ имуществъ, даже и колеблющеюся на практикѣ, помириться нельзя: завѣщанія на благопріобрѣтенное по Уложенію были произвольны въ полномъ смыслѣ слова, но по тому же Уложенію родовыя шли въ родъ, хотя бы и по завѣщанію, юридически необходимо: ограниченія, которымъ придаютъ только *фактическое* значеніе, были въ *законѣ* очень велики и, можно сказать, съ полною точностью заранѣе отграничивали кругъ необходимыхъ наслѣдниковъ. Законъ 1679 года обобщилъ прежнія ограниченія, отчего въ немъ различіе между двумя родами имуществъ выступило наружу, тогда какъ до него это различіе подразумѣвалось, какъ очевидное. По этому закону къ родовымъ отнесены вотчины выслуженныя, ку-

[1]) *Ibidem.*

[2]) П. С. З. 34.

племныя изъ выслуженныхъ или родовыхъ у родственника, и другія; къ благопріобрѣтеннымъ—купленныя, закладныя, взятыя изъ чужаго рода и купленныя, изъ порожжихъ земель; права на эти послѣднія вотчины нормируются теперь опредѣленнѣе.

Но оба разряда недвижимыхъ имѣній подверглись въ теченіе XVI и XVII вв. одному общему крупному ограниченію въ распоряженіи ими по завѣщаніямъ. Имѣемъ въ виду *отдачу въ монастыри*. Извѣстно, что завѣщанія были однимъ изъ главныхъ или даже самымъ главнымъ источникомъ пріобрѣтеній монастырями недвижимостей. Государству были вовсе не желательны огромныя скопленія поземельной собственности въ чьихъ бы то ни было рукахъ, а тѣмъ болѣе въ рукахъ духовной власти; это разстраивало и служебныя отношенія подданныхъ. Изъ государственныхъ цѣлей и исходили всѣ ограниченія. Запрещеніе большимъ монастырямъ пріобрѣтать вотчины по дарственнымъ распространено въ 1580 г. и охватило также завѣщанія [1]). Отдѣльно о княженецкихъ и боярскихъ вотчинахъ было постановлено, чтобы онѣ не давалися по душѣ [2]). Но, несмотря на эти законы, монастыри продолжали получать по духовнымъ, о чемъ упоминаютъ послѣдующіе указы, такъ что Михаилъ Ѳеодоровичъ призналъ вотчины, отказанныя въ монастыри до Московскаго Разоренья, неподлежащими родовому выкупу, за немногими исключеніями; но и въ случаяхъ выкупа велѣно платить монастырямъ за вотчины деньги изъ государевой казны [3]). Наконецъ, въ Уложеніи запрещено положительно, съ одной стороны, монастырямъ принимать вотчины въ вѣчный поминокъ по душѣ, съ другой—вотчинникамъ вотчины въ монастыри давати; если бы оказалось что вотчина завѣщана въ монастырь, то за нее вносятся въ монастырь деньги, чего та вотчина стоитъ; а въ острастку обѣщано и вовсе бездепежно брать вотчины на государя [4]). Закону приходилось бороться съ застарѣлымъ обыкновеніемъ, сохранившимся съ самыхъ временъ введенія христіанства и развившимся къ XVII вѣку до грандіозныѣйшихъ размѣровъ изъ скромнаго обычая Русской Правды; „на самого часть дати по души“—

[1]) *Вл.-Будановъ*—Христоматія III, стр. 34, пр. 104.
[2]) Ук. К. В. К. (ук. 81 г.) XIX—Христом. III, стр. 32.
[3]) Ук. К. П. И. 5—Христомат. III, стр. 194.
[4]) У. Ц. А. М. гл. XVII, ст. 42.

вотъ гдѣ корень стойкаго сопротивленія [1]) жизни требованіямъ закона.

Тѣми же государственными цѣлями характеризуется запрещеніе отказывать по духовнымъ завѣщаніямъ вотчины иногородцамъ [2]).

Но въ то время, какъ государство постепенно съуживало права вотчинниковъ, прогрессивно росли права помѣщиковъ. По первоначальному своему назначенію *помѣстья* не могли подлежать завѣщательнымъ распоряженіямъ [3])—временный владѣлецъ, согласно обычному праву древности, не могъ распоряжаться подобно собственному. Но съ теченіемъ времени помѣщики получили одно за другимъ всѣ права распоряженія: мѣну, поступку, сдачу и проч. Полагаемъ, что уже со времени изслѣдованія Лакіера достачно доказанъ прогрессивный ростъ правъ на помѣсться [4]). Этотъ изслѣдователь говоритъ: „древне-русскій помѣщикъ былъ владѣлецъ государственной земли, пока служилъ; по смерти же его, не иначе какъ съ соизволенія правительства (и соразмѣрно окладу), помѣстная земля переходитъ къ родственникамъ помѣщика, также служилымъ людямъ, и на прожитокъ къ его вдовѣ и сиротамъ дочерямъ“ [5]); такъ было сначала, а кончилось указомъ 1683 года: царь приказалъ и бояре приговорили, „тѣ помѣстья послѣ ихъ (помѣщиковъ) смерти, также и по поступкамъ ихъ, за тѣми людьми, кому они до сего числа поступились и впредь поступятся, справливать и по тѣмъ ихъ росписывать“ [6]). Въ практикѣ же помѣстья совершенно смѣшивались по правамъ распоряженія съ вотчинами (т. е. въ концѣ періода), такъ что за годъ до указа о единонаслѣдіи послѣдній московскій государь утвердилъ духовное завѣщаніе, по которому вотчины и помѣстья завѣщателемъ отданы безъ всякаго различія его сыну и дочери, „понеже“, какъ сказано въ указѣ, „онъ въ тѣхъ помѣстьяхъ и вотчинахъ былъ самовластенъ и раздѣлилъ ихъ по своей родительской власти“ [7]). Вот-

[1]) О глубинѣ обычая „по души“, см. у *Лакіера*—l. c., стр. 87—88, особенно стр. 97, 98 и 90.

[2]) Ук. К. В. К. XVIII (л. 7070)—Христ. III стр. 31.

[3]) *Сергѣевичъ*—Лекціи и изслѣдованія, стр. 958; по крайней мѣрѣ нѣтъ извѣстій въ памятникахъ, кромѣ ук. 1713 г. (см. ниже).

[4]) Ср. *Кавелина*—„Взглядъ“, стр. 11, 39; *Бѣляевъ*—Наслѣдство безъ завѣщанія, стр. 101, 107 („подражаніе наслѣдственному переходу“), 116 и др.; ср. *Кавелинъ*, рецензія книги Лагіера, въ „сочиненіяхъ“, т. I.

[5]) *Лакіеръ*—l. c., стр. 220, 206, 207, 211 („пенсіонное начало“).

[6]) Тамъ-же—стр. 220, 221.

[7]) Тамъ-же—стр. 223; П. С. З. 2667.

чины сблизились съ помѣстьями, онѣ перестали отличаться отъ этихъ послѣднихъ въ правахъ распоряженія по завѣщанію; помѣстья заимствовали у вотчинъ способность къ отчужденію ихъ по завѣщаніямъ.

Теперь мы бы должны обратиться къ законамъ о другихъ частяхъ завѣщаній со стороны содержанія въ теченіе XVI и XVII вѣковъ. Московскому правительству было слишкомъ много хлопотъ по упорядоченію вотчинныхъ и помѣстныхъ дѣлъ, чтобы требовать отъ него большаго количества законоположеній о чемъ либо другомъ въ содержаніи завѣщаній. Но дѣйствительность не оправдываетъ и самыхъ умѣренныхъ ожиданій. Только о второмъ родѣ вещей, о живыхъ имуществахъ въ человѣческомъ образѣ, законы говорятъ довольно много. Въ 1597 году подтверждено право отпускать холоповъ на волю по духовнымъ [1]). Уложеніе подробно занимается тѣмъ же предметомъ: 1) Духовная имѣетъ силу крѣпости на старинныхъ холоповъ: по духовной по рабѣ холопъ и по холопу раба [2]). 2) То-же распространяется не только на старинныхъ, но и на купленныхъ людей: ихъ можно записать по духовной въ надѣлокъ [3]). 3) Правило примѣняется къ полнымъ и докладнымъ холопамъ [4]). 4) Но оно недѣйствительно по отношенію къ кабальнымъ людямъ: „и кабальныхъ людей.. въ духовныя.... не писати“ [5]). Озабочиваясь, чтобы кабальные не попадали въ полные, Уложеніе узаконяетъ: когда въ духовной отчуждаемые люди названы старинными и духовная будетъ свидѣтельствована, но потомъ окажется, что кромѣ духовной у владѣльцевъ нѣтъ никакихъ крѣпостей на старину, то, по заявленію этихъ „спорныхъ холоповъ“, давать имъ волю, если только въ кабальныхъ книгахъ находится запись на ихъ кабалу [6]); итакъ, когда можно доказать, что эти люди кабальные,—они не поступаютъ по духовной, но если этого нельзя доказать духовная остается въ силѣ. Законъ исходитъ изъ мысли, что кабальные люди крѣпки только боярину, но не его женѣ и дѣтямъ по его животѣ [7]), и, въ случаѣ доказательства

---

[1]) Ук. К. Х. П. (л. 7105) – Христ. III, стр. 89.
[2]) У. Ц. А. М. гл. XX, ст. 31.
[3]) У. П. А. М. гл. XX, ст. 77; исключеніе: гл. XX, ст. 66.
[4]) У. Ц. А. М гл. XX, ст 61.
[5]) У. Ц. А. М. гл. XX, ст. 63.
[6]) У. Ц. А. М. гл. XX, ст. 64.
[7]) У. Ц. А. М. гл. XX, ст. 65.

кабальности, Уложеніе сейчасъ вступается за свободнаго человѣка. Даже дозволяется отпускать кабальныхъ сыновнихъ людей по отцовымъ духовнымъ [1]). 5) Подробно говорится о правѣ каждаго собственника отпускать своихъ людей по духовной на волю [2]). Отпускъ производится душеприкащиками или дѣтьми наслѣдниками, которые черезъ пристава по суду Холопья Приказа принуждаются къ тому силою, если отказываются исполнить распоряженіе завѣщателя добровольно [3]): „отпускныя всѣмъ тѣмъ холопьямъ давать безо всякаго задержанія“ [4]).

## ВЫВОДЪ.

Но какіе же были изданы законы о духовныхъ завѣщаніяхъ кромѣ того, что приведено выше? Какъ кажется—въ XVI и XVII вѣкѣ—не было больше никакихъ [5]). Въ Уложеніи весьма немного статей, прямо или косвенно нормирующихъ формы и содержаніе завѣщаній. Онѣ разсмотрѣны равно какъ и болѣе извѣстные указы до Уложенія и нужныя изъ новоуказныхъ статей. И что же—оказывается, что законодательство въ XVI и XVII вѣкахъ занималось исключительно пріобрѣтательной стороной духовнаго завѣщанія. Ничего опредѣленнаго въ законѣ не постановлено о формахъ, совершеніи засвидѣтельствованіи завѣщаній. Законы ничѣмъ не опредѣляютъ и сущности завѣщанія; они совсѣмъ не высказались о томъ: считать ли духовное завѣщаніе по прежнему актомъ передачи наслѣдства или оно теперь есть только актъ безмезднаго отчужденія наличнаго имущества на время послѣ смерти. Что на фактѣ жилъ старинный принципъ—это для насъ дѣло второстепенное. Важно, что законы не даютъ ничего для уразумѣнія смысла духовнаго завѣщанія по русскому гражданскому праву за все время отъ Судебниковъ и до Петра Великаго.

Наоборотъ сущность наслѣдованія по закону и въ Уложеніи ясна. Обыкновенный терминъ этого наслѣдованія такой: „кто послѣ

---

[1]) *Тамъ-же* гл. XX, ст. 106.

[2]) *Тамъ-же*, гл. XX, ст. 14 и 53.

[3]) *Тамъ-же*, гл. XX, ст. 53.

[4]) *Ibidem.*

[5]) Относительно лицъ завѣщавшихъ это именно утверждаетъ *Майстренковъ*—l. c., стр. 14.

его (умершаго) въ дворѣ и въ животахъ его останется“ [1]). На этихъ лицъ подаютъ взысканія по искамъ рѣшеннымъ противъ наслѣдодателя [2]); нерѣшенные противъ наслѣдодателя иски обращаются на нихъ же [3]); наслѣдники отвѣчаютъ за долги умершаго [4]) и даже по обязательствамъ, возникшимъ изъ деликта [5]). Словомъ, наслѣдники по закону являются полными преемниками умершаго. Ничего подобнаго не высказано о наслѣдникахъ по завѣщанію. Иногда къ указанному термину наслѣдованія, какъ бы мимоходомъ, прибавляется: „и кому даны будутъ (послѣ его смерти) вотчины его“ [6]); здѣсь по смыслу статьи имѣется въ виду дача по духовной. Духовная стала какимъ-то дополнительнымъ актомъ передачи извѣстнаго рода имуществъ. Мы не говоримъ, чтобы XVI в., въ Улож. [7]) и позже (до XVIII в.) духовное завѣщаніе считалось актомъ безмезднаго посмертнаго отчужденія имущества; однако нельзя не замѣтить, что законъ совершенно не даетъ доказательствъ обратнаго, т. е. того, что прежнее обычное понятіе завѣщанія перешло и въ законодательство. Это особенно справедливо для XVII вѣка. На основаніи именнаго съ боярскимъ приговоромъ указа 1675 г. [8]) можно бы даже посчитать завѣщаніе именно актомъ посмертнаго отчужденія имуществъ и только. Морозовъ, говорится въ указѣ, „росписалъ тѣ свои вотчины по духовной“, часть ихъ „въ духовной написалъ“ однимъ, часть „въ духовной той своей написалъ“ другимъ лицамъ и т. д.—видно только роспись вотчинъ, а отнюдь не актъ наслѣдованія; о наслѣдованіи и не упоминается. Можно возразить, что „преемство имущественной личности“ по духовной въ то-же время подразумѣвалось. Пусть такъ, но теперь законъ—единственный источникъ права, и пока онъ не далъ своей ауторизаціи, до тѣхъ поръ даже господствующій взглядъ, подразумѣваемое, есть только фактъ, а не право.

---

[1]) У. Ц. А. М. гл. X, ст. 132; гл. X, ст. 245.

[2]) У. Ц. А. М. гл. X, ст. 132.

[3]) *Тамъ-же*, гл. X, ст. 245.

[4]) *Тамъ-же*, гл. X, ст. 203.

[5]) *Тамъ-же* гл. X, ст. 207.

[6]) *Тамъ-же* гл. X, ст. 245.

[7]) *Вл.-Буданов*ъ думаетъ, что по уложенію Ц. Ал. Мих. при завѣщательномъ наслѣдованіи долги не переходятъ—„Обзоръ“, стр. 489.

[8]) П. С. З. 608; о важности изученія Уложенія въ связи съ новоуказными статьями см. *Нахманъ*—Истор. кодификаціи, т. I, стр. 240, 243.

## § 8. СУЩНОСТЬ ЗАВѢЩАНІЯ XVIII ВѢКА.

Восемьнадцатому вѣку предстояла задача, уяснить въ законѣ сущность духовнаго завѣщанія и назначить законныя формы совершенія и засвидѣтельствованія завѣщаній, вообще точно охарактеризовать интересующій насъ институтъ права. Извѣстно, что XVIII вѣкъ мало что выполнилъ изъ этой программы. Самимъ законодателемъ признано, что отъ Петра и до Положенія 1831 г. въ законахъ о духовныхъ завѣщаніяхъ господствовала неопредѣлительность [1]).

**1) Главное содержаніе завѣщанія.**—Въ то время, какъ въ законѣ не было положительнаго признанія наслѣдника по завѣщанію настоящимъ наслѣдникомъ, для гражданскаго оборота преемникомъ умершаго члена общества, издается указъ о единонаслѣдіи, объявленный всѣмъ подданнымъ государства, „какого чина и достоинства оные ни есть“ [2]). Частью изъ цѣлей финансовыхъ, частью изъ полицейскихъ (предотвратить знатныхъ фамилій паденіе въ поселяне, какъ уже много тѣхъ экземпелеровъ есть въ Россійскомъ народѣ)—законъ 1714 года опредѣлилъ всѣмъ недвижимостямъ обращаться въ родѣ. Подробно пересчитаны [3]) и необходимые наслѣдники, единонаслѣдники въ недвижимомъ. Стѣсненное относительно лицъ, но расширенное относительно имуществъ, завѣщательное распоряженіе признано актомъ, устанавливающимъ порядокъ наслѣдованія. Только на случай отсутствія духовнаго завѣщанія установлено наслѣдованіе (майоратное) по закону. *Указъ 1714 года марта 23 призналъ* духовное завѣщаніе актомъ наслѣдованія. *Въ этомъ отношеніи* онъ совершенно однохарактеренъ нормамъ права, занесеннымъ въ Русск. Пр., Пск. Суди. Грамату и Судебники. Какъ Русская Правда даетъ правило на случай, кто „безъ ряду умретъ“, П. С. Гр —„а кто помреть безъ рукописанья“ и Судебники: „а который человѣкъ умретъ безъ духовныя грамоты“,—такъ точно и Петръ Великій устанавливаетъ законный порядокъ наслѣдованія на случай неосуществленія завѣщательнаго порядка наслѣдованія. Но помимо этого сходства съ древними обычаями, впрочемъ немаловажнаго для

---

[1]) 2. П. С. 3. 4844 (1 окт. 1831 г.).

[2]) П. С. 3. 2789.

[3]) Нѣкоторые забыты, см. *Сергѣевича*—Лекціи, стр. 666, ср. ниже.

того времени, такъ какъ слова указа осязательно уравняли оба по рядка наслѣдованія по ихъ объему, петровскій указъ ничѣмъ не напоминаетъ древне-русскихъ обычаевъ. Единонаслѣдіе рѣзко не соотвѣтствовало потребностямъ жизни и, какъ „законъ не доморощенный“ [1]), не удержалось. Оно противорѣчило старымъ началамъ наслѣдованія, но не тѣмъ, какъ полагаютъ [2]), что „правило Русской Правды, примѣняемое тогда лишь ко вдовѣ (въ отношеніи назначенія одного наслѣдника), распространено и на мужа“. Правило Русской Правды и не касалось наслѣдованія, такъ что у Петра Великаго не было никакихъ, даже частичныхъ, прецедентовъ. Его законъ вовсе не русскій. Откуда онъ былъ заимствованъ—это здѣсь для насъ безразлично, вѣроятно изъ англійскаго права [3]). Но, повторяемъ, идя въ разрѣзъ съ жизнью по содержанію, указъ 1714 г. опредѣленно далъ понять, что духовное завѣщаніе и *закономъ признается актомъ наслѣдованія*, какъ то признавалось въ дозаконодательное время—обычаемъ [4]). Важная заслуга указа, на которую, кажется, не обращено вниманія изслѣдователями.

Докладные пункты 1725 года отправляются уже отъ такого взгляда на духовное завѣщаніе [5]). Но значеніе закона 1714 г. этимъ не исчерпывается. Для будущаго весьма дѣйствительнымъ оказалось установленіе понятія „недвижимое имущество“ [6]). До сихъ поръ въ законѣ существовали только вотчины да помѣстья, хотя и съ равными правами распоряженія. Съ этого времени есть только недвижимость, при чемъ благоприобрѣтенная слилась по указу съ родовой. И такъ, по предначертаніямъ Петра Великаго: 1) завѣщаніе дѣлалось актомъ наслѣдованія; 2) отличіе благоприобрѣтеннаго отъ родоваго—уничтожалось; 3) устанавливался несоотвѣтствующій русскимъ потребностямъ порядокъ необходимаго наслѣдованія. Первое погибло, второе измѣнилось, третье вскорѣ отмѣнено.

---

[1]) *Дювернуа*—„Конспектъ“, введеніе стр. 81.
[2]) *Вл.-Будановъ*—„Обзоръ“, стр. 431—432.
[3]) *Тамъ-же*—стр. 431.
[4]) П. С. З. 2789.
[5]) П. С. З. 4722.
[6]) *Латкинъ*—„Лекціи“, стр. 249.

Единонаслѣдіе отмѣнено [1]). Съ этимъ вмѣстѣ завѣщательныя распоряженія должны были получить тотъ же смыслъ, который въ нихъ былъ до 1714 г. Указъ 1731 г. „повелѣлъ разрѣшить ту же свободу завѣщанія, что и прежде“; „разумъ указа только въ томъ, чтобы не принуждать родителей отдавать имѣніе все одному сыну, но дѣлить всѣхъ ровно по Уложенію“ [2]); „съ отмѣною указа о единонаслѣдіи право владѣльцевъ распоряжаться своими имуществами посредствомъ духовныхъ завѣщаній должно было получить объемъ, какой оно могло имѣть на основаніи Уложенія и новоуказныхъ статей, изданныхъ въ пополненіе, а не въ противность или въ отмѣну Уложенія“ [3]). А было ли опредѣлено въ Ул. и въ новоуказныхъ статьяхъ, что̀ такое завѣщаніе? Нѣтъ. Только Петръ Великій пытался внести въ законы такое опредѣленіе. Но съ отмѣною указа о единонаслѣдіи по законамъ все осталось въ прежнемъ видѣ. Наступившая неопредѣлительность еще менѣе могла выяснить русское духовное завѣщаніе въ законодательныхъ нормахъ.

Законъ снова посвящаетъ все свое вниманіе имущественной сторонѣ духовнаго завѣщанія. Неурядицы съ вотчинами и помѣстьями замѣнялись, не исчезнувъ, затрудненіями съ завѣщательнымъ переходомъ недвижимости; почти только понятіе о пей и уцѣлѣло изъ закона 1714 года. Термины „наслѣдникъ по завѣщанію“, „наслѣдство по завѣщанію“ продолжаютъ встрѣчаться въ законахъ [4]), но истинное ихъ содержаніе съ теченіемъ времени все больше и больше тускнетъ. Еще Петромъ В. запрещено (послѣднему въ родѣ) *отчуждать по себѣ* своихъ добръ недвижимыхъ [5]). Пункты 1725 г. теперь потеряли свое дѣйствительное содержаніе, а такъ какъ они говорили только о переходѣ имуществъ по завѣщанію, то если бы судить по нимъ, завѣщаніе было бы актомъ посмертной поступки недвижимостью. Вскорѣ было положено, въ подтвержденіе прежнихъ узаконеній, что родовыя и выслуженныя вотчины (правильнѣе было ска-

---

[1]) О противорѣчіи единонаслѣдія потребностямъ русскихъ см. *Кавелина*—„Взглядъ“, стр. 44, *Сергѣевича*—Лекціи и изслѣдованія, стр. 962.

[2]) *Новосильцевъ*—„Мнѣніе“, стр. 128.

[3]) *Неволинъ*—l. c. III, стр. 308; *Куницынъ*—l. c., стр. 123.

[4]) П. С. З. 5658, П. С. З. 8127, П. С. З. 6098, и друг.

[5]) П. С. З 2471.

зать—недвижимость родовая) не могутъ быть отчуждаемы безвозмездно „по поступкѣ, что находится въ равной силѣ, какъ и по духовной“ [1]); этимъ законоположеніемъ были снова разграничены согласно Уложенію права завѣщателя на родовое и благопріобрѣтенное. О движимомъ благопріобрѣтенномъ имуществѣ прямо сказано (по частному дѣлу), что завѣщатель воленъ раздать его и посторонним [2]). Екатерина II, „желая и паче ихъ (духовенство) безпредѣльными властителями ихъ имѣній учинить“ отъ сего времени позволила „располагать имъ (имуществомъ) по собственнымъ своимъ завѣщаніямъ въ пользу“ такихъ то лицъ, „не давая въ томъ больше никому отчету“ [3]). Вниманіе законодателя къ пріобрѣтательной сторонѣ завѣщанія вполнѣ ясно наблюдается въ Жалованныхъ Граматахъ; обѣ говорятъ одно и то же: благопріобрѣтенное вольно дарить или завѣщать, кому первый пріобрѣтатель за благо разсудить, а наслѣдственнымъ „да не распоряжаетъ инако, какъ законами предписано“ [4]). Завѣщаніе оказывается лишь способомъ посмертнаго отчужденія имущества. Что наслѣдованіе по завѣщанію въ это время вовсе не было похоже на законное наслѣдованіе, лучше всего понятно изъ различія во взиманіи пошлинъ при переходѣ имуществъ тѣмъ и другимъ путемъ: въ то время какъ съ законныхъ наслѣдниковъ высчитывается по 3 к. съ четверти, съ имушестсъ отказанныхъ по духовнымъ—въ 17 разъ больше [5]). По прежнему нѣтъ въ законѣ упоминанія о томъ, что наслѣдникъ по завѣщанію долженъ платить долги. Одинъ завѣщатель [6]) (вспомнилъ старину) написалъ въ духовной: продать имущество и уплатить долги и завѣщаніе его не утверждено между прочимъ и на томъ основаніи, что „платежъ долговъ надо предоставить наслѣдникамъ того имѣнія“ законнымъ (имѣніе было родовое и не подлежало завѣщанію мимо ихъ); значитъ, дѣло завѣщателя высказать свою волю о переходѣ того или другаго имущества, а преемники его имущественной личности найдутся въ законѣ; вѣрно что этотъ завѣщатель неправомѣрно рас-

---

[1]) П. С. З. 7127 (6 іюн. 1740 г.) п. 6; въ подтвержденіе П. С. З. 734.

[2]) Ibid. (по д. Львовой-Челищевой).

[3]) П. С. З. 12577.

[4]) П. С. З. 16188; то-же въ дворянской: П С. З. 17187 (вмѣсто „инако“—никто).

[5]) Меж. Инстр. въ П. С. З.

[6]) П. С. З. 16473.

порядился, но законодатель отмѣчаетъ не только это, а и то, что завѣщанію нѣтъ дѣла до долговъ. Оно уже не актъ наслѣдованія, чтобы въ немъ писать „кому что дати на комъ что взяти“.

Въ XIX вѣкѣ еще прочнѣе устанавливается такое пониманіе завѣщанія. Когда позволено разночинцамъ пріобрѣтать земли на общемъ основаніи, то въ числѣ правъ имъ даровано и право „распоряжаться оными (имуществами)... какъ-то... завѣщать... земли и сдѣланныя на оныхъ постройки“; но опять не сказано (даже нельзя сказать, чтобы подразумѣвалось), должны ли „получившіе въ наслѣдство такое имѣніе“ платить причитающіеся долги или нѣтъ [1]). Наслѣдство по завѣщанію становится имуществомъ по завѣщанію. Важный законъ 1804 г. [2]) о произвольномъ распоряженіи благопріобрѣтеннымъ имуществомъ позволилъ и впредь по произволу завѣщать благопріобрѣтенное на такихъ условіяхъ объ образѣ пользованія и управленія имъ, какія за благо признаетъ собственникъ, лишь бы условія не были противны общимъ государственнымъ законамъ [3]). Тутъ уже явно завѣщаніе обратилось въ посмертную поступку. Тѣмъ же характеризуется и позволеніе монастырямъ пріобрѣтать недвижимое имущество (съ Высочайшаго разрѣшенія) по завѣщаніямъ. По частному случаю [4]) подтверждено такое пріобрѣтеніе „на томъ же точно основаніи, какъ дозволено совершать крѣпости“. Особенно занимательно, что въ началѣ текущаго столѣтія уничтожено завѣщаніе на имѣніе, находившееся въ опекѣ за долги [5]). По чему? Конечно по тому, что не извѣстно останется ли за удовлетвореніемъ кредиторовъ наличное имущество. Только наличнаго имущества имѣетъ право касаться завѣщаніе, оно не есть актъ наслѣдованія всей совокупности имущественныхъ правъ завѣщателя. Въ законахъ постоянно попадаются указанія, что „завѣщатель... назначилъ по духовному завѣщанію“ такое то имущество (не въ смыслѣ „легата“),

---

[1]) П. С. З. 20244 (1802 г. Апр. 24).

[2]) П. С. З. 21310.

[3]) Въ 1785 г. такимъ условіемъ посчитано „нераздѣльное четырехъ братьевъ съ матерью владѣніе“—П. С. З. 16203 (д. Яковлевыхъ).

[4]) П. С. З. 21246 (въ пользу Молчанской Софроніевой Пустыни, Курской губ. Путивльскаго уѣзда).

[5]) П. С. З. 21795 (1817 г. апр. 16).

„можетъ посредствомъ завѣщанія распорядиться своею собственностью“[1]) и подобныя. Когда пришлось разграничить, также по частному дѣлу, дарственный актъ отъ завѣщанія, то законодательство стало почти втупикъ[2]). Олсуфьева отдала Делединскимъ по актамъ, у крѣпостныхъ дѣлъ записаннымъ и названнымъ духовными завѣщаніями, извѣстное имущество на правахъ собственности; собственность и фактически, и по „существенному содержанію актовъ“, какъ нашелъ Гос. Совѣтъ, установилась при жизни завѣщательницы. Въ этой прижизненности установленія собственности Государственный Совѣтъ отыскалъ единственное отличіе дарственнаго акта отъ духовнаго завѣщанія: „когда бы имѣніе въ оныхъ актахъ назначено было Делединскимъ послѣ кончины“, (т. е. на время послѣ кончины завѣщательницы), то это было-бы завѣщаніе; въ настоящемъ же случаѣ это даръ. Намъ кажется виднымъ изъ этого мнѣнія Гос. Совѣта, что завѣщаніе не считалось актомъ наслѣдованія. Государственный Совѣтъ нашелъ одну отличительную черту завѣщанія— посмертность перехода имущества, но отъ его вниманія укрылась гораздо болѣе важная другая черта, извѣстная уже Русской Правдѣ: переходъ по рукописанью *пассива* наравнѣ съ активомъ. Эта черта и не могла войти въ мнѣніе Государственнаго Совѣта: въ законахъ о ней не было сказало ни слова, а по прямому смыслу главнѣйшихъ изъ нихъ она была уже забыта, игнорировалась, какъ несущественная. Не забудемъ, что разграниченіе понятій дара и завѣщанія дано, и то довольно несовершенно, за 4 года до изданія Положенія 1 октября и значитъ не многимъ болѣе до Свода Законовъ.

Но хотя прямо не былъ выраженъ въ законѣ тотъ принципъ, что завѣщаніемъ передается наслѣдство, тѣмъ не менѣе въ одномъ указѣ промелькнула таки мысль объ этомъ. Это случилось еще до изданія только что разсмотрѣннаго Мнѣнія Государственнаго Совѣта. Когда въ 1808 году[3]) измѣнены были сборы съ завѣщаній, то высказано дословно вотъ что: „въ прекращеніе того, что нѣкоторые, по кончинѣ своей, желая передать имѣніе свое на основаніи существующихъ на то въ государствѣ узаконеній въ другія руки родственни-

---

[1]) П. С. З. 26432 (1816 г., д. Бахтеяровой).

[2]) 2. П. С. З. 1889.

[3]) П. С. З. 23317.

ковъ своихъ, права наслѣдства въ отношеніи къ завѣщателю неимѣющихъ, въ каковыхъ случаяхъ получаемое во владѣніе имѣніе не есть уже въ существѣ вещи наслѣдство, но добровольная на правѣ законномъ основанная уступка онаго или подарокъ,—пишутъ однако вмѣсто дарственной записи духовныя завѣщанія"—въ прекращеніе этого узаконены особенныя пошлины [1]). Отсюда логически вытекаютъ три положенія: 1) дарственная можетъ быть совершена и на случай смерти и, въ отношеніи посмертности, не будетъ разниться отъ завѣщанія; 2) дареніе не наслѣдованіе, а завѣщаніе есть актъ открытія наслѣдства, но только тогда, 3) когда сдѣлано въ пользу законныхъ наслѣдниковъ. Такимъ образомъ завѣщаніе отличено отъ дарения на случай смерти, хотя понятіе о завѣщаніи, какъ актѣ открытія наслѣдованія по волѣ завѣщателя проявилось не вполнѣ опредѣленно. Пока не былъ отмѣненъ указъ о единонаслѣдіи, реальное значеніе имѣло рѣшеніе по частному дѣлу, данное въ 1730 г.; въ немъ дозволено отцу по духовной устранить *наслѣдника* (сынъ провинился тѣмъ, что еще при жизни отца завѣщателя и безъ его согласія заложилъ отцовское имущество) [2]). Но впослѣдствіи выборъ наслѣдника сводился къ отысканію лица, въ пользу котораго можно было составить завѣщаніе о родовомъ или благопріобрѣтенномъ недвижимомъ и движимомъ *имуществѣ*.

2) **Побочныя части содержанія.**—Дозволялось отпускать завѣщаніемъ на волю крѣпостныхъ людей [3]). Но когда въ началѣ текущаго столѣтія появились свободные хлѣбопашцы, то было разъяснено, что увольнять духовнымъ завѣщаніемъ въ хлѣбопашцы нельзя, такъ какъ для сего существуютъ особыя правила; потомъ утверждено общее правило, запрещающее увольнять въ свободные хлѣбопашцы, духовными завѣщаніями крестьянъ какъ родовыхъ такъ и благопріобрѣтенныхъ; а цѣлыми селеніями крестьянъ не позволено отпускать иначе, какъ въ свободные хлѣбопашцы [4]). Завѣщаніемъ можно было

---

[1]) *Тамъ-же.*

[2]) П. С. З. 5658 (этотъ указъ у *Неволина*—возведенъ въ общее правило—Ист. Рос. Гр. Зак. III стр. 308).

[3]) *Полежаевъ*—l. c., стр. 56; *Неволинъ*—l. c., стр. 314; для примѣра можно привести ук. по д. Державина 1818 г. апр. 12 и ук. 1813 г. Іюн. 20 (П. С. З. 25409).

[4]) *Неволинъ*—l. c., стр. 314—315.

и въ этомъ періодѣ времени (XVIII в. и XIX до Положенія) назначить душеприкащиковъ; но у выдерживающихъ карантинъ ими не могли быть карантинные чиновники [1]).

Вообще о содержаніи завѣщаній было подтверждено не разъ, что законныя его части должны подлежать исполненію, а незаконныхъ „въ дѣйство не производить“ [2]). Но то, что не могло быть исполнено, наслѣдовалось, повидимому, въ законномъ порядкѣ. Если такъ, то изстарины взглядъ на завѣщаніе pro parte измѣнился: прежде наслѣднику по завѣщанію шло все принадлежащее завѣщателю, хотя бы оно было не все поименовано въ завѣщаніи; впрочемъ тогда не было различія въ лицахъ наслѣдующихъ по обычаю и завѣщанію.

Прогрессивно укрѣплявшійся ко времени Свода Законовъ взглядъ русскаго права на завѣщаніе, какъ на дарственный актъ, или лучше сказать, укрѣплявшаяся невозможность отличить въ законѣ дареніе отъ завѣщанія, совпадаетъ съ характеромъ законныхъ ограниченій по лицамъ завѣщающимъ, по имуществамъ отчуждаемымъ, по лицамъ получающимъ по завѣщанію; этихъ ограниченій было установлено довольно много.

3) **Ограниченія по лицамъ завѣщающимъ.**—Ограниченія по лицамъ завѣщающимъ давались большею частью отрывочно, на каждый данный случай особо. Что касается *пола* завѣщателя, то завѣщаніе могло быть сдѣлано какъ отцомъ такъ и матерью. Это еще указомъ о единонаслѣдіи признано и разницы съ древностью нѣтъ: и тогда женщина могла завѣщать. Правило примѣнялось ко вдовѣ, если мужъ умеръ безъ завѣщанія [3]); такъ случалось и въ древности. Вообще о правоспособности женщины къ завѣщанію указъ о единонаслѣдіи держался одинаковыхъ съ древне-русскими воззрѣній. О завѣщательномъ безправіи *послѣдняго въ родѣ* по закону 1712 [4]) года сказано выше. Позже послѣднему въ родѣ для возобновленія фамиліи разрѣшено отдавать имѣніе одной изъ женщинъ того рода, изъ котораго происходитъ завѣщатель, съ тѣмъ чтобы мужъ ея принялъ фамилію ея (дѣвическую); наконецъ права послѣдняго въ родѣ сравнялись съ

---

[1]) П. С. З. 27490 § 17.

[2]) *Неволинъ*—l. c., стр. 315.

[3]) *Вл.-Будановъ*—„Обзоръ“, стр. 431.

[4]) П. С. З. 2471.

правами завѣщанія всякаго другаго бездѣтнаго владѣльца родоваго имущества [1]). Сначала всѣмъ *монашествующимъ* было запрещено дѣлать завѣщанія; позже монашествующіе власти изъяты были изъ ограниченія и имъ разрѣшено завѣщать свои частныя имущества [2]). *По возрасту* положительныхъ ограниченій не дано; думаютъ, что къ малолѣтнимъ примѣнялись и при завѣщаніяхъ обыкновенныя ограниченія [3]). Изъ соображенія многихъ указовъ Неволинъ выводитъ, что для дѣйствительности духовныхъ завѣщаній всегда (и до Положенія) требовалось, чтобы завѣщатель былъ при составленіи завѣщанія *въ здравомъ умѣ и твердой памяти* и писалъ его по доброй своей волѣ [4]). Указъ 1722 г. объ освидѣтельствованіи дураковъ въ Сенатѣ даетъ нѣкоторое понятіе о томъ, что разумѣлось подъ здравымъ умомъ: кто не былъ оффиціально признанъ дуракомъ (не былъ оффиціальнымъ дуракомъ) тотъ и могъ завѣщать [5]). Записку, оставленную однимъ *самоубійцею* (въ 1766 г.) [6]), не признали завѣщаніемъ; ее указано отставить для того, что она написана въ противность законамъ: 1) завѣщаніе невразумительно, 2) не соблюдены требуемыя формы. 3) учинено самоубійцею; а какъ изъ воинскихъ артикуловъ довольно видно, что самоубійство есть злодѣяніе, „то посему отъ таковаго никакой завѣтъ принятъ быть не долженъ“; когда-же самоубійство учинено въ безуміи и безпамятствѣ, то завѣщаніе самоубійцы „недѣйствительно, *если* оно въ то время писано будетъ“, т. е. во время безумія и безпамятства, говоритъ указъ. Итакъ, текстомъ указа 1766 г. признается: 1) недѣйствительность завѣщанія самоубійцы не безумца— во всякомъ случаѣ, въ наказаніе за злодѣяніе; 2) недѣйствительность завѣщанія самоубійцы въ безпамятствѣ и безуміи, если завѣщаніе писано именно въ этомъ состояніи. Слѣдовательно, завѣщаніе самоубійцы, убившаго себя въ безпамятствѣ, по мысли указа, имѣетъ силу, когда писано въ нормальномъ состояніи умственныхъ способностей. Такой самоубійца не злодѣй и не нуждается въ наказаніи, а

---

[1]) *Неволинъ*—l. c., стр. 314.

[2]) *Тамъ-же*—стр. 305.

[3]) *Ibid.*

[4]) *Тамъ-же*—стр. 304.

[5]) *Карновичъ*—„Объ умств. способн. завѣщателя“, стр. 429—536.

[6]) П. С. З. 12779.

завѣщаніе, оставленное имъ, удовлетворяетъ требованію наличности у завѣщателя при его составленіи цѣлаго ума. Впрочемъ рѣшеніе Сената по д. Шаховскаго не имѣло силы общаго закона; такъ думалъ Неволинъ [1]); повидимому, такого же мнѣнія былъ Кистяковскій [2]). „*Обоюдныя* между собою“ [3]) завѣщанія допускались; по крайней мѣрѣ такое завѣщаніе двухъ сестеръ на ихъ движимое и недвижимое благопріобрѣтеніе имущество было признано Сенатомъ [4]).

4) **Ограниченія по вещамъ завѣщаемымъ.**—Общимъ правиломъ отъ всѣхъ завѣщателей требовалось: имѣть право собственности на отчуждаемое по завѣщанію имущество. Завѣщаніе отца поэтому не могло касаться (по ук. 1714 г.) недвижимаго приданаго матери, когда были дѣти отъ разныхъ женъ. Кромѣ того по отдѣльнымъ видамъ имуществъ были добавочныя ограниченія, не говоря уже о томъ, что по частному указу 1791 г. [5]) подтверждено правило (указа 1731 г. мар. 17 и Уложенія XVII, 1), что вдовѣ слѣдуетъ *указная часть* изъ движимаго и недвижимаго благопріобрѣтеннаго и родоваго, „не взирая на то, что завѣщатель (гр. Апраксинъ) ей (вдовѣ) по духовной ничего не назначилъ“ [6]). Обыкновенно *движимость* подлежала полновластному распоряженію въ завѣщаніи [7]), кромѣ пожалованныхъ арендъ: до истеченія срока ихъ позволено отказывать только женамъ и нисходящимъ въ прямой линіи [8]). По указу о единонаслѣдіи движимость получали кадеты—необходимо [9]). *Недвижимость* съ 1740 года, распавшись снова на благопріобрѣтенную и родовую, завѣщалась слѣдующимъ образомъ: благопріобрѣтенное завѣщалось неограниченно, такъ что въ 1816 г. отвергнуты даже претензіи на указную часть изъ благопріобрѣтеннаго имущества, если оно сполна завѣщано другимъ лицамъ [10]). Отказанное благопріобрѣтенное можно обреме-

---

[1]) *Неволинъ*—l. c., 305.

[2]) *Кистяковскій*—рефератъ о самоубійцахъ.

[3]) *Неволинъ*—тамъ-же.

[4]) П. С. З. 26432; въ Сенат. указѣ 1823 г. (П. С. З. 29482) такія завѣщанія названы „взаимными“ и признаны законными.

[5]) П. С. З. 4712.

[6]) *Ibidem.*

[7]) *Полежаевъ*—l. c., стр. 50—51; *Неволинъ*—l. c. III, стр. 308.

[8]) *Ibidem.*

[9]) *Вл.-Буданова*—„Обзоръ“, стр. 432

[10]) П. С. З. 26432.

нить выдачами, соединенными съ утратою изъ него большей или меньшей части [1]). (Примѣръ: Демидовъ опредѣлилъ, чтобы его наслѣдники выплачивали Академіи Наукъ 50 тыс. рублей въ годъ; присылая завѣщаніе для утвержденія, „представилъ акты въ обязательство наслѣдниковъ вносить эту сумму послѣ его смерти“ [2]); но тутъ имѣло мѣсто формальное согласіе наслѣдниковъ по завѣщанію на выплату денегъ)?

Нѣкоторые полагаютъ, что о *родовомъ* недвижимомъ въ XVIII в. нельзя было дѣлать завѣщаній. Такое правило признавалось будто бы и до законовъ Петра Великаго. Но и то и другое ошибочно. Въ Уложеніи и другихъ законахъ запрещалось, какъ мы видѣли, не духовное завѣщаніе на родовое, а завѣщаніе на родовое не въ пользу наслѣдниковъ по закону. Указъ 1740 г., на который ссылаются [3]), дѣйствительно, какъ выписано выше, запретилъ самыя завѣщанія, но уже Жалованныя Грамоты возвращаются именно къ Уложенію; это говоритъ конечно Неволинъ и самъ же [4]). Правило Жал. Грамотъ подтвердилось на дѣлѣ уничтоженіемъ духовной за то, что она была написана о родовомъ имѣніи *вопреки* закону, т. е. мимо необходимыхъ наслѣдниковъ [5]). Та же мысль проводилась и позднѣе [6]). Итакъ, *завѣщать родовое позволялось, но лишь въ пользу наслѣдниковъ по закону.* Потому то повелѣно считать родовымъ то имѣніе, которое отъ перваго пріобрѣтателя отдано будетъ по завѣщанію законнымъ наслѣдникамъ [7]); родовое свойство пріобрѣтается въ случаѣ какого бы то ни было перехода имущества къ законнымъ наслѣдникамъ отъ перваго пріобрѣтателя. Завѣщать недвижимость родовую мимо ближайшихъ наслѣдниковъ законныхъ, но и то съ ограниченіями, можетъ только бездѣтный. Такъ по указу 1717 г. [8]). То-же признавалось и позднѣе [9]). Уже въ 1804 году повелѣно: „родовому (имуществу) быть (за такимъ то) по духовно [10]).

---

[1]) 2. П. С. З. 4670.
[2]) 2. П. С. З. 4672.
[3]) *Неволинъ*—тамъ же, стр. 309.
[4]) *Тамъ-же*—стр. 309.
[5]) П. С. З. 28324. (Ук. 1820 г.).
[6]) П. С. З. 21170 (Ук. 1786 г.).
[7]) П. С. З. 28324.
[8]) *Неволинъ*—тамъ-же, стр. 309
[9]) *Ibidem*
[10]) *Ibidem.*

5) **Ограниченія по лицамъ наслѣдующимъ.**—Ограниченія по лицамъ наслѣдующимъ касаются всѣхъ наслѣдниковъ по духовнымъ вообще и наслѣдниковъ бездѣтнаго собственника—въ частности. 1) Кто не могъ владѣть имуществомъ (или извѣстнымъ родомъ имуществъ), тому нельзя было назначить его и въ завѣщаніи [1]). 2) Монастырямъ и церквамъ и другимъ духовнымъ установленіямъ издавна было запрещено получать недвижимость по завѣщаніямъ [2]). Въ XIX вѣкѣ допущены исключенія [3]). 3) Но монахи лично подтвердительнымъ закономъ 1812 г. [4]) устранены отъ пріобрѣтенія недвижимости. 4) Карантинные чиновники съ 1818 г. лишились права получать по завѣщанію, даже движимое имущество, если они не имѣютъ правъ законнаго наслѣдства [5]). Временно, по ук. 1714 г. о единонаслѣдіи, необходимымъ единонаслѣдникомъ въ недвижимости былъ сынъ, а за неимѣніемъ сыновей дочь, по выбору родителей [6]). 6) Мать свою часть недвижимаго по пунктамъ 1725 г. могла завѣщать сыну [7]); сына же она должна назначить наслѣдникомъ и тогда, когда дѣлаетъ завѣщаніе о всей недвижимости—своей и умершаго безъ завѣщанія мужа [8]). 7) Уже сказано, что родовыя имѣнія наслѣдуются и по завѣщанію юридически необходимо, наслѣдниками законными, такъ что завѣщатель не могъ ихъ обойти даже по „разбойнымъ и буйственнымъ ихъ поступкамъ“ [9]). 8) Въ частности, *бездѣтный* вотчинникъ могъ, по закону Петра, отказать все свое недвижимое одному изъ *фамиліи* своей родственнику. Вновь введенный терминъ не былъ ясенъ въ своемъ значеніи. Это повело ко многимъ недоразумѣніямъ съ новымъ понятіемъ. Пр. Сергѣевичъ полагаетъ, что по закону Петра подъ „фамиліей“ разумѣются нисходящіе и боковые родственники, соединенные съ родоначальникомъ непрерывнымъ рядомъ мужскихъ поколѣній [10]). Сенатъ (въ 1791 г.) шире понялъ это слово: „рѣчь фами-

---

[1]) *Полежаевъ*—l. c., стр. 47.
[2]) *Неволинъ*—l. cit.
[3]) П. С. З. 24246.
[4]) *Неволинъ*—тамъ-же.
[5]) *Ibid* и П. С. З. 27490 Кар. Уст. § 17; *Полежаевъ*—l. c., 78.
[6]) Ук. 1714 г. марта 23
[7]) П. С. З. 4722 („пункты о вотчинныхъ дѣлахъ“).
[8]) *Вл.-Будановъ*—„Обзоръ“, стр. 431.
[9]) П. С. З. 18281.
[10]) *Сергѣевичъ*—„Лекціи“, стр. 666.

лія означаетъ не семейство... а родственниковъ, яко происходящихъ, отъ одного родоначильника (вообще, стало быть и по женскому колѣну), что самое доказывается докладными пунктами 725 года и на нихъ послѣдовавшими резолюціями, поелику въ оныхъ фамилія и родство подъ однимъ равнымъ наименованіемъ обозначены“ [1]). Позже Сенатъ прилѣпъ къ пониманію фамиліи, одинаковому съ толкованіемъ пр. Сергѣевича; онъ также посчиталъ „фамилією“ только родственниковъ, носящихъ общее прозваніе—фамилію [2]). Департаментъ Законовъ по частному дѣлу, возвратился къ самому широкому пониманію фамиліи въ смыслѣ родства вообще [3]). Но завѣщатель не обязанъ знать наслѣдника: когда тотъ наслѣдникъ его фамиліи, то можно вѣдать, что онъ его зналъ, презумпируетъ законъ [4]). Однажды двоюродные братья не причислены къ фамиліи и завѣщаніе въ ихъ пользу не утверждено [5]). Наконецъ, слѣдуя буквальному смыслу закона Петра, признавались дозволенными завѣщанія въ пользу только *„одного* фамиліи своей родственника, а не многихъ“ [6]). Трудно сказать, кто вѣрнѣй понялъ мысль Петра Великаго: съ одной стороны его указу не чуждо пониманіе фамиліи, какъ прозвища, а съ другой слово у потреблено и въ смыслѣ родства вообще. Тутъ могла вкрасться недоговоренность, неточность.

6) **Назначеніе имущества по завѣщанію.**—Когда всѣ три разряда ограниченій не въ силахъ задержать завѣщательнаго распоряженія, то имущество позволяется отказать и въ собственность, и въ пожизненное владѣніе; послѣднее было разрѣшено устанавливать въ частности въ пользу жены [7]); но тогда же было узаконено, что-бы она, „яко временная владѣлица, не продавала и не закладывала сама собой онаго имѣнія“ [8]). Въ дѣлѣ Державина высказано, что при избраніи завѣщателемъ одного наслѣдника, „не слѣдовало уже допускать никакихъ условій, которыя бы могли разрушить право наслѣдія, допущенное (для Миллера) на основаніи закона и одному только лицу

---

[1]) П. С. З. 16999, п. 2 б.
[2]) П. С. З. 18115.
[3]) По д. Державина (см. предыдущія примѣчанія).
[4]) П. С. З. 8127, п. 8.
[5]) *Ibid.*
[6]) П. С. З. 24558.
[7]) П. С. З. 26678.
[8]) *Ibid.*

принадлежащее.... а потому... за выдѣломъ указной части... утвердить завѣщаніе безъ условій". Высказываясь такимъ образомъ за недопущеніе завѣщаній съ условіями, Департаментъ Законовъ тогда же опредѣлилъ: „поставить на видъ Комиссіи Законовъ, что какъ ук. 1731 г. мар. 17 (сравнительно съ ук. 1714 г. мар. 23) не уничтожаетъ права бездѣтнаго (отказать имѣніе по завѣщанію), то..... и нужно принять въ соображеніе, могутъ-ли бездѣтные назначать родовое свое имѣніе не одному, а многимъ изъ своихъ родственниковъ, и можно-ли при семъ случаѣ допускать условія". Государ. Сов. согласился на рѣшеніе Деп. Законовъ; Мнѣніе Госуд. Совѣта Высочайше было утверждено [1]).

**Выводъ.**—Всѣ указы объ ограниченіяхъ (даже противорѣчивые другимъ) видимо лишь предупреждаютъ несогласный съ требованіями законодателя переходъ имуществъ по завѣщанію. Таковъ ихъ общій колоритъ.

---

## § 9. ФОРМЫ и ПОРЯДКИ ЗАВѢЩАНІЯ въ XVIII и XIX ВѢКАХЪ.

Если въ XVI и XVII вѣкахъ закономъ не дано опредѣленныхъ постановленій о томъ, что за актъ духовное завѣщаніе; если съ отмѣною попытки Петра Великаго признать завѣщаніе актомъ наслѣдованія, въ теченіе XVIII вѣка завѣщаніе въ частныхъ указахъ и не многихъ общихъ положеніяхъ мало-по-малу направлялось къ сліянію съ дарственною записью; если въ началѣ XIX вѣка оба акта было уже трудно различить: за то формами и совершеніемъ духовныхъ завѣщаній законодательство со времени Петра В. занялось съ значительно большимъ рвеніемъ. Впрочемъ, и здѣсь до Положенія 1831 года 1 октября полной опредѣлительности не существовало, и возникали „разныя недоумѣнія" [2]). Духовенство, завѣдывавшее, частью фактически, частью по предписанію закона, написаніемъ завѣщаній въ XVI и XVII вв., дѣйствовало по принятому обыкновенію и согласовалось, думаютъ, съ греко-римскими законами [3]). Съ перемѣною под-

---

[1]) П. С. З. 27468 (1818 г. авг. 12).

[2]) *Неволинъ*—Ист. III, стр. 317.

[3]) *Полежаевъ*—l. c., стр. 43; *Неволинъ*—l. c., стр. 304.

сущности дѣлъ о наслѣдствѣ, послѣдовавшею въ самомъ началѣ XVIII в., всякое вліяніе греко-римскихъ началъ на русское наслѣдственное право, въ томъ числѣ и на завѣщанія, сдѣлалось невозможнымъ [1]). Слѣдовательно, потребовались соотвѣтственныя правила.

1) **Словесное завѣщаніе.**—Единственный до сихъ поръ домашній порядокъ совершенія завѣщаній словесныхъ и письменныхъ Петромъ Великимъ былъ замѣненъ единственнымъ крѣпостнымъ. При этомъ „изустныя памяти“ [2]) велѣно записывать по общимъ правиламъ съ письменными завѣщаніями, подъ опасеніемъ недѣйствительности. Со времени этого указа, т. е. съ 1704 года, по закону признаются только письменныя завѣщанія. Однако въ половинѣ XVIII вѣка закономъ было сдѣлано частичное исключеніе: въ Жалованной Грамотѣ Нѣжинскимъ Грекамъ [3]) повелѣно: „пожитковъ послѣ умершихъ грековъ никому не брать кромѣ... кому умирающій въ присутствіи братства (греческой церкви) ихъ опредѣлитъ или завѣтомъ утвердитъ“; опредѣлить въ присутствіи братства—значитъ словесно завѣщать: „аще кто раздѣлитъ“ Р. Пр. Еще, въ 1804 году, когда одни присвояли имѣніе себѣ по изустному завѣщанію, а другіе—по праву наслѣдства, то въ рѣшеніи оговорено, что изустная память—мнимая, а потому эту мнимую изустную память слѣдуетъ уничтожить [4]). Наконецъ, когда въ 1823 году окончательно запрещены изустныя памяти, то при этомъ сослались на ук. 1704 г.; но и тутъ еще Сенатъ предлагалъ оставить изусныя памяти для крайнихъ случаевъ, напр., лишенія зрѣнія, тяжкой болѣзни завѣщателя [5]). Такъ трудно было закону искоренить устныя завѣщанія.

2) **Письменное завѣщаніе.**—Къ письменнымъ завѣщаніямъ со временъ Петра примѣнялись законы о совершеніи крѣпостныхъ актовъ вообще [6]), какъ касательно формы изложенія, нужныхъ подписей на

---

[1]) *Сергіевичъ*—Лекціи, стр. 304.

[2]) П. С. З. 1970; *Хавскій* находитъ, что въ этомъ законѣ говорится о „письмахъ изустныхъ“ („О наслѣдствѣ“, стр. 63).

[3]) П. С. З. 8656 (1742 г. ноябр. 3).

[4]) П. С. З. 21405 (по изустной памяти искалъ Барятинскій).

[5]) П. С. З. 29373; *Сахаровъ* („О формѣ“, стр. 63) считаетъ, что словесныя завѣщанія игнорировались закономъ, но жили въ сознаніи народа.

[6]) *Неволинъ*—l. c. III, стр. 317.

актѣ и т. д., такъ и относительно „приписокъ и чищенья“ [1]), бумаги, пошлинъ съ письма и прочаго. Но очень скоро оказалось невозможнымъ обойтись безъ домашняго порядка совершенія завѣщаній; сначала по частнымъ дѣламъ, а въ 1726 году общимъ правиломъ дозволено писать завѣщанія на основаніи Уложенія [2]). Но какъ во времена Уложенія порядокъ совершенія завѣщаній былъ только фактическій, то въ началѣ XVIII вѣка (послѣ указа 1726 года) домашнее духовное завѣщаніе въ законѣ было, можно сказать, звукъ пустой; съ теченіемъ времени изданы немногія правила; въ Положеніи 1 октября къ нимъ добавлены нѣкоторыя; послѣ 1831 года также были поправки и дополненія.

Итакъ, современный домашній и крѣпостной порядокъ совершенія завѣщаній ведутъ свое начало отъ указовъ первой четверти XVIII вѣка. По отношенію къ нимъ правомѣрнымъ должно признаваться только то, что именно требуется законами. Въ 1869 г. крѣпостной порядокъ раздвоился; установленъ третій порядокъ совершенія завѣщаній—нотаріальный. Такимъ образомъ нынѣ дѣйствуютъ три общихъ порядка. Кромѣ того въ теченіе XVIII и XIX вѣка одинъ за другимъ появились особенныя завѣщанія, число которыхъ къ нашимъ днямъ достигло 7—8-ми. Соотвѣтственныя измѣненія претерпѣли и прежняя явка, и свидѣтельствованіе завѣщаній. Нормировано также храненіе, измѣненіе, исполненіе завѣщаній. Мы разсмотримъ историческій ростъ каждаго порядка въ отдѣльности; далѣе постараемся выяснить значеніе и обрядность явки и свидѣтельствованія въ ихъ историческомъ развитіи, а за тѣмъ, обратимся къ характеристикѣ духовнаго завѣщанія по его дѣйствительному смыслу и содержанію со времени Положенія 1 окт. и донынѣ. Все это поможетъ опредѣлить, есть ли у завѣщанія XVI и XVII вѣковъ общія черты съ завѣщаніемъ XVIII вѣка и у этого послѣдняго съ современнымъ.

а) **Крѣпостное.**—Повелѣніе писать всякія крѣпости, между ними и духовныя завѣщанія, въ ратушахъ добрымъ подъячимъ ратушнымъ, а не площаднымъ [3]), очень скоро было измѣнено: мздоимство и волокита принуждали перенесть писаніе крѣпостей въ Оружейную Па-

---

[1]) П. С. З. 8127 (Ук. 1746 г.) п. 14.

[2]) *Неволинъ*—тамъ-же, стр. 317.

[3]) П. С. З. 1846 (Ук. 1700 г. генв. 30).

лату, гдѣ назначены для сего особыя лица [1]). Духовное завѣщаніе какъ крѣпость, должно было писать на гербовой бумагѣ, соотвѣтствующей крѣпостямъ третьей (перечнемъ) статьи, къ которой были отнесены духовныя [2]). Велѣно писать ихъ „на листахъ, а не на столбцахъ“ [3]). По изданнымъ тогда же правиламъ [4]) въ началѣ акта нужно проставлять отъ Р. Хр. годъ, мѣсяцъ и число. Скребенья, поправки въ словахъ и между строкъ и въ прикладываньи руки недопущены совсѣмъ. Вмѣсто послуховъ писать свидѣтелей, людей добрыхъ и знатныхъ, „усмотря приличество крѣпостей, гдѣ сколько человѣкъ пристойно“. Свидѣтели должны въ подписи оговорить то, въ чемъ они свительствуютъ, „а ручники въ прикладываньи рукъ своихъ должны описывать именно, что они такія сдѣлки чинили при тѣхъ знатныхъ свидѣтеляхъ“. Цѣль этихъ формальностей: „что бы въ томъ всякое усмотрительное было укрѣпленіе“. Если завѣщаніе во многихъ тысящахъ, то оно подписывается сверхъ свидѣтелей дьякомъ того приказа, гдѣ крѣпостныя дѣла будутъ вѣдомы; онъ закрѣпляетъ актъ своею подписью и скрѣпа вносится въ книгу у крѣпостныхъ дѣлъ, „что бы спору не было“ [5]). Духовная должна быть „въ совершенство окончена при жизни“ завѣщателя; одно духовное завѣщаніе было не признано по той причинѣ, что изъ него было ясно, что завѣщатель умеръ раньше окончанія всей процедуры [6]). Если завѣщатель пожелаетъ составить завѣщаніе вновь, измѣнивъ свои прежнія памѣренія, то такія „противныя и несостоятельныя крѣпости надравъ переписывать“, а „драныя крѣпости клепть въ столбъ“ [7]). Крѣпость можетъ быть совершена и на дому у завѣщателя, когда „для заззрѣнну или за безлюдствомъ и за какою немощію придтить самимъ къ крѣпостнымъ дѣламъ или кого прислать невозможно“, по совершеніи, крѣпость присылается для обыкновенной записи съ такими людьми, кому въ томъ вѣрятъ; подписанная крѣпость выдается

[1]) П. С. З. 1838 (Ук. 1701 г. марта 7).
[2]) П. С. З. 3099.
[3]) П. С. З. 2080 (Ук. 1705 г.).
[4]) П. С. З. 1838.
[5]) *Ibid.*
[6]) П. С. З. 2461 (Ук. 1714 г.).
[7]) П. С. З. 1838.

имъ-же. При совершеніи акта берутся пошлины и сверхъ того плата за письмо.

Крѣпостной порядокъ написанія дѣйствовалъ и въ уѣздахъ, что видно изъ подтвердительнаго для духовныхъ завѣщаній указа 1731 года [1]). Екатерина Великая перенесла *письмо* всякихъ крѣпостей въ Юстицъ-Коллегію, а въ Петербургѣ въ Юстицъ-Контору [2]), а съ учрежденія губерній—въ Гражд. Палаты. Инструкціей Межевымъ Канцеляріямъ измѣнены (какъ было уже говорено) пошлины съ духовныхъ завѣщаній [3]); а черезъ нѣсколько лѣтъ онѣ вовсе отмѣнены [4]). Императоръ Павелъ изъ цѣлей казеннаго интереса, напротивъ, повелѣлъ писать и копіи съ завѣщаній на гербовой бумагѣ [5]). Наконецъ, въ 1808 г. всѣ прежніе сборы при письмѣ духовныхъ завѣщаній отмѣнены, яко неуравнительные, и назначны новые [6]). Впослѣдствіи опредѣленъ разборъ гербовой бумаги, на которой должны быть писаны духовныя завѣщанія [7]); законъ, допускающій употребленіе простой бумаги по недостатку гербовой, оставленъ въ силѣ [8]). Въ 1821 году велѣно писать крѣпостныя завѣщанія на крѣпостной бумагѣ по цѣнѣ завѣщаннаго имѣнія [9]).

Изъ этого перечня изданныхъ законовъ видно, что только Петромъ Великимъ даны указанія, какъ писать крѣпости; въ послѣдующее время измѣненія касались мѣстъ, гдѣ писать завѣщанія и особенно сборовъ съ письма [10]).

Такъ продолжалось до 1831 года, когда для крѣпостныхъ завѣщаній подтверждено требованіе писать ихъ на листѣ и на гербовой

---

[1]) П. С. З. 5783 (1731 г. іюн. 18).
[2]) П. С. З. 11989.
[3]) П. С. З. 12689.
[4]) П. С. З. 14275.
[5]) П. С. З. 18278; ор. П. С. З. 19076.
[6]) П. С. З. 23317.
[7]) П. С. З. 24992. § 17.
[8]) П. С. З. ibid. § 18.
[9]) П. С. З. 28814 п. 11; П. С. З. 22239 (1806 г. авг. 3—„неозначеніе цѣны“); П. С. З. 23317 п. 14 („объявлять цѣну по совѣсти“).
[10]) Дальнѣйшій ходъ измѣненій въ этихъ сборахъ см. П. С. З. 27493; П. С. З. 28621; П. С. З. 28670; П. С. З. 28814, п. 10 и 13; П. С. З. 29818; 2. П. С. З. 1483; 2. П. С. З. 3544; 2. П. С. З. 12357; 2. П. С. З. 12880; 2. П. С. З. 12207; 2. П. С. З. 16284; 2. П. С. З. 39842; 3. П. С. З. 973.

бумагѣ низшаго достоинства; написанное завѣщаніе должно быть явлено лично завѣщателемъ для занесенія съ извѣстными формальностями въ крѣпостную книгу [1]). Въ такомъ порядкѣ совершенія крѣпостнаго завѣщанія со времени Положенія измѣненій не послѣдовало, такъ что по дѣйствующему закону крѣпостныя духовныя завѣщанія должны быть писаны рукою завѣщателя или собственноручно имъ подписаны [2]); законныя причины (неграмотность, болѣзнь) даютъ право, оговорившись, подписаться по просьбѣ завѣщателя другому лицу [3]). Точно также удержаны прежнія обрядности занесенія въ крѣпостную книгу. По Положенію 1 окт. крѣпостное завѣщаніе представляется въ подлежащее присутственное мѣсто лично завѣщателемъ. Если завѣщатель суду неизвѣстенъ, должны быть приглашены два свидѣтеля, изъ которыхъ по крайней мѣрѣ одинъ долженъ быть суду извѣстенъ. Свидѣтели должны удостовѣрить судъ въ тождествѣ лица завѣщателя подписью на завѣщаніи. Послѣ сего производится завѣщателю допросъ: точно ли завѣщаніе имъ подписано и содержитъ его волю. Допросъ подписывается завѣщателемъ и завѣщаніе вносится въ крѣпостную книгу, а на подлинникѣ дѣлается надпись о явкѣ, и онъ возвращается завѣщателю. Если подписывался рукоприкладчикъ, то онъ допрашивается вмѣстѣ и наравнѣ съ завѣщателемъ. Совершенно такую явку предписываетъ и дѣйствующій законъ прилож. къ ст. 1013 (прим.) X т. 1 ч.

**б) Нотаріальное.**—Крѣпостной порядокъ—порядокъ отмирающій; потому и въ Св. Гр. Зак. 1887 г. онъ уже отнесенъ въ приложенія. Со временемъ его долженъ всюду замѣнить нотаріальной порядокъ совершенія завѣщаній, введенный пока только въ мѣстностяхъ, на которыя распространено дѣйствіе Судебныхъ Уставовъ. (Нотаріальный порядокъ завѣщанія установленъ временными [4]) правилами 5 апр. 1869 года). Нотаріальное завѣщаніе пишется по формамъ и съ обрядностью нотаріальныхъ актовъ вообще, но съ изъятіями. Изъятія

---

[1]) См. подробнѣе у *Неволина*—l. c., стр. 333—334.

[2]) Св. З. т. X ч. 1 Прилож. къ ст. 1013 прим., п. 1.

[3]) *Тамъ-же*—п. 9.

[4]) Войдя въ Сводъ (изд. 87 г.) изъ приложенія, онѣ теперь обращены тѣмъ самымъ въ постоянныя; *Верблюжскій*—„Новое изданіе гражданскихъ законовъ", Ж. Гр. и Уг. Пр. 89 г., янв., стр. 4.

эти, не измѣненныя съ 1869 года, слѣдующія. Завѣщаніе совершается въ личномъ присутствіи завѣщателя и трехъ свидѣтелей, которые могутъ удостовѣрить и самоличность завѣщателя. Свидѣтели, кромѣ лицъ, не допускаемыхъ въ свидѣтели при совершеніи нотаріальныхъ актовъ вообще, не могутъ быть также и тѣ, кто не допускается къ свидѣтельству при домашнихъ завѣщаніяхъ. Завѣщаніе пишется въ книгѣ нотаріуса и подписывается. Завѣщателю при тѣхъ же свидѣтеляхъ выдается выпись [1]), равносильная подлинному завѣщанію, занесенному въ книгу. Завѣщатель и за нимъ свидѣтели, расписываются въ полученіи выписи. Въ случаѣ спора о несходствѣ выписи съ подлиннымъ завѣщаніемъ преимущество отдается послѣднему, если въ немъ не окажется въ спорныхъ статьяхъ подчистокъ и поправокъ, надлежащимъ образомъ не оговоренныхъ [2]). Вообще техника написанія нотаріальнаго завѣщанія требуется безукоризненная [3]). Вторичная и послѣдующія выписи при жизни завѣщателя могутъ быть выдаваемы только ему самому или его повѣренному, снабженному законной довѣренностью [4]); въ отношеніи выписей нотаріусъ руководствуется вообще Положеніемъ о Нотаріальной части [5]). Гарантіи достовѣрности при нотаріальномъ совершеніи завѣщанія весьма велики: его написаніе заключаетъ въ себѣ и элементы завѣренія. Поэтому на подлинность нотаріальныхъ завѣщаній нареканія не пріемлются, кромѣ спора о подлогѣ [6]), и разъ совершонное нотаріальное завѣщаніе для своей дѣйствительности (но не для исполненія [7]) не требуетъ добавочныхъ дѣйствій власти.

в) **Домашнее.**—Въ другомъ положеніи домашнія завѣщанія. Самое ихъ написаніе доставило, со времени ихъ разрѣшенія въ 1726 г., не мало хлопотъ законодателю. Сначала правила издавались частично.

α) **Бумага.**—„Первый вопросъ былъ о бумагѣ“, говоритъ Неволинъ [8]). Дѣйствительно въ самомъ же ук. 1726 года опредѣлено, что

---

[1]) „Дубликатъ“, по мѣткому выраженію *Вербловскаго*—l. c., стр. 10—17.

[2]) Т. X ч. 1, ст. 1036—1040.

[3]) *Сахаровъ*—l. c, стр. 79, 81—82.

[4]) Т. X, ч. 1, ст. 1042.

[5]) Т. X, ч. 1, ст. 1041.

[6]) Тамъ-же, ст. 1035[1].

[7]) Ст. 1060; объ этомъ—ниже.

[8]) *Неволинъ*—l. c. III, стр. 317.

духовныя завѣщанія домашнія можно писать на простой бумагѣ; пошлины за гербовую бумагу взимались при записке, впослѣдствіи при явкѣ; но правило о простой бумагѣ продолжало существовать; оно подтверждено, напримѣръ, въ 1812 году [1]); повторено въ Положеніи 1 окт., но бумага должна составлять цѣлый листъ [2]); въ 1839 году разъяснено, что форматъ и размѣръ бумаги безразличенъ, лишь бы бумага, состоя изъ двухъ полныхъ половинокъ, составляла цѣлый листъ [3]). Такимъ образомъ древній столбецъ замѣненъ по указу Петра *листомъ* (собственно сказано было о крѣпостныхъ завѣщаніяхъ), по Положенію это уже *цѣлый листъ*, а по разъясненію 1839 г. [4]) и 1858 г. [5]) и по дѣйствующей статьѣ закона, цѣлый *листъ изъ двухъ полныхъ половинокъ* [6]). И въ то время какъ по Положенію только „завѣщанія на отрывкахъ листа и клочкахъ бумаги недѣйствительны", по буквѣ дѣйствующаго закона [7]) даже не полныя половинки обезсиливаютъ актъ! Конечно, мысль закона ясна: предупредить утвержденіе неполныхъ завѣщаній; но, не говоря уже о недостаткахъ редакціи, съ одинаковымъ правомъ можно видѣть въ томъ же законѣ другую цѣль: большею детальностью формъ оградить актъ отъ подлога [8]). Мусульмане могутъ писать и на столбцахъ [9]).

β) **Языкъ.**—Въ 40-хъ годахъ позволено жителямъ западныхъ губерній писать завѣщанія и не на русскомъ языкѣ, а на какомъ признаютъ для себя удобнѣе [10]); евреи могутъ писать по-еврейски [11]). Если вывести отсюда общую мысль, то языкъ завѣщанія безразличенъ.

γ) **Приступъ и порядокъ изложенія.**—Приступъ, состоящій изъ призыванія Троицы и заявленія завѣщателя о твердой памяти и здо-

---

[1]) П. С. З. 24992.

[2]) П. С. З. 4844. § 3.

[3]) П. С. З. 12939 ст. 1.

[4]) *Ibid.*

[5]) П. С. З. 33943.

[6]) По выраженію *Мейера*—„завѣщаніе должно быть перегнуто на двѣ равныя части, но части эти могутъ быть произвольной величины"! („Рус. гр. пр." т. II, стр. 754).

[7]) Т. X, ч. 1, ст. 1045.

[8]) Эту цѣль видитъ и *Кавелинъ*—„Права и обязанности", стр. 395; усложненіе формъ порицаетъ *Шимановскій*—„О явкѣ", стр. 154 („удобовозможны для упущенія").

[9]) Т. X, ч. 1, ст. 1045 прим.

[10]) 2. П. С. З. 14592; X т. 1 ч, ст. 1046 пр. 1.

[11]) Съ закона 1850 г., П. С. З. 24064; X т. 1 ч. ст. 1046 пр. 2.

ровомъ умѣ, употреблявшійся въ древнемъ обычномъ правѣ, практикуется, слегка измѣнившись, и до настоящаго времени; но законъ никогда не предписывалъ этого, такъ что этотъ приступъ необязателенъ [1]). Порядокъ изложенія распоряженій въ завѣщаніи тоже не регламентированъ. Другое дѣло порядокъ подписей на актѣ и самыя подписи—о нихъ было дано много законоположеній.

б) **Подписи.**—Въ 1726 году іюля 19 изданъ указъ, гдѣ говорится: „которыя духовныя или завѣщательныя письма... писаны хотя и не у крѣпостныхъ дѣлъ, (но) подписали ихъ завѣщатели или отцы ихъ духовные или кому они вмѣсто себя вѣрили... въ дѣйство производить... также и впредь“ [2]). На основаніи заглавія этого указа можно было бы заключить, что тогда же установлены „подкрѣпляющія“ [3]) подписи свидѣтелей; Неволинъ говоритъ только о подписаніи *при* свидѣтеляхъ [4]). Подписи завѣщателя и свидѣтелей требовались уже опредѣленно въ болѣе позднихъ указахъ [5]). Такъ, завѣщаніе Шаховскаго не было признаго дѣйствительнымъ между прочимъ и потому, что „написано не при свидѣтеляхъ и ими никѣмъ не подписано“ [6]). Въ 1817 году, уничтожено завѣщаніе главнѣйше потому, что первый листъ духовной, въ коемъ распредѣляется имѣніе дѣтямъ, ни самимъ завѣщателемъ, ни свидѣтелями не подписанъ“ [7]). Изъ указа 1786 г. можно вывести требованіе болѣе чѣмъ одного свидѣтеля; тамъ же прямо сказано, что одного свидѣтельства рукоприкладчика мало [8]). Положеніе 1831 года касается не только количества, но и качества подписей:

*Подпись завѣщателя* требуется безусловно. Она должна заключать въ себѣ имя, отчество и фамилію или прозваніе [9]); впослѣдствіи позволено не писать чина или званія; далѣе, для иностранцевъ, исключено требованіе отчества; тоже распространено и на прочія за-

---

[1]) *Мейеръ*—l. c., стр. 754, 757.

[2]) П. С. З. 4937.

[3]) *Ibid.*, говорится: „и подкрѣплены подписями свидѣтелей“.

[4]) *Неволинъ*—l. c., стр. 318 и примѣч.

[5]) Ук. 1766 г. ноябр. 10, п. 2.

[6]) П. С. З. 27157.

[7]) *Неволинъ*—тамъ-же.

[8]) П. С. З. 16460.

[9]) 2. П. С. З. 10363 (1837 г.).

вѣщанія (ceteris paribus [1]); наконецъ перестало служить препятствіемъ къ засвидѣтельствованію означеніе имени завѣщателя не вполнѣ или одною буквою или даже полное отсутствіе имени въ подписи [2]). Такимъ образомъ дѣйствующая статья X т., 1 ч. (ст. 1046) требуетъ всего, а ст. 1047 и 1027, также дѣйствующія, исключаютъ обязательность въ подписи всего кромѣ фамиліи; но подпись фамиліей необходима, и притомъ, вполнѣ законченная [3]). Но еще Положеніемъ высказано о подписи завѣщателя, что законна всякая, лишь бы было ясно тождество лица [4]).

Когда завѣщатель не самъ писалъ завѣщаніе, то кромѣ его подписи, нужна подпись того, *кто писалъ* завѣщаніе. Это правило Положенія разъяснено впослѣдствіи [5]) тѣмъ, что безъ подписи *переписчиковъ* завѣщаніе ничтожно [6]), а такъ какъ переписчикъ тутъ же въ разъясненіи названъ *писцомъ* [7]), то въ дѣйствующихъ статьяхъ закона оказался плеоназмъ: что предписывается ст. 1048, то повторяется въ началѣ 1049-ой. Но такое, казалось бы безусловное, требованіе можетъ быть и неисполнено: эту подпись можно замѣнить [8]) письменнымъ показаніемъ писца въ узаконенный срокъ, и сличеніемъ почерка показанія ея недостача въ завѣщаніи можетъ быть восполнена [9]). Лишь бы было доказано, что завѣщаніе было писано именно этимъ лицомъ [10]). Въ чемъ же тутъ „важное значеніе переписчика“, которое признаетъ Полежаевъ [11])? Важность кажется не большая, когда „переписчикъ“ и существуетъ-то только благодаря обмолвкѣ закона 1839 года, тутъ же имъ самимъ исправленной.

Необходимость подписи завѣщателя только подтверждается допущеніемъ *рукоприкладчиковъ*; если завѣщатель не умѣетъ или за бо-

---

[1]) 2, П. С. З. 12939 п. 8.

[2]) 2. П. С. З. 16430; 2. П. С. З. 17430.

[3]) *Побѣдоносцевъ*—Курсъ гражданскаго права т. II, стр. 487.

[4]) *Неволинъ*—l. c., стр. 335.

[5]) 2. П. С. З. 12939.

[6]) Т. X, ч. 1, ст. 1048.

[7]) По мнѣнію *Шимановскаго*, законъ, наоборотъ знаетъ только переписчика, („О явкѣ“, стр. 134).

[8]) О небезусловности требованія подписи писца см. *Шимановскаго*—тамъ-же.

[9]) Т. X, ч. 1, ст. 1049.

[10]) *Ibid.*

[11]) „О завѣщаніяхъ“—стр. 79.

лѣзнью не можетъ подписаться, то, согласно прежнимъ порядкамъ, въ Положеніи допущена подпись другаго лица, по просьбѣ завѣщателя. Правило это дѣйствуетъ и по X тому [1]).

*Количество подписей свидѣтелей* по Положенію и дѣйствующему закону таково: на завѣщаніи, писанномъ самимъ завѣщателемъ, должны подписаться двое; если же оно писано не самимъ завѣщателемъ, то нужно три подписи или двѣ, если въ числѣ свидѣтелей есть духовный отецъ [2]). Итакъ, можно заключить, что подпись духовнаго отца равносильна двумъ обыкновеннымъ свидѣтельскимъ подписямъ на завѣщаніи.

Относительно *количества всѣхъ нужныхъ подписей* изъ Положенія ясно требованіе: подписи завѣщателя или рукоприкладчика и двухъ или трехъ подписей свидѣтельскихъ; желательна подпись переписчика—писца. Всего четыре или пять подписей. То-же и теперь [3]).

Что касается *качества подписей*, то по Положенію подпись писца должна быть въ самомъ окончаніи завѣщанія передъ подписью завѣщателя; но по разъясненію 1839 года можетъ быть сдѣлана (не теряетъ силы) и въ другомъ мѣстѣ. То-же признается и въ дѣйствующемъ законѣ [4]). Подписи свидѣтелей по Положенію и X тому 1 ч. ст. 1056, должны быть не на оболочкѣ бумаги, но на самомъ листѣ завѣщанія или внутри листа, или на оборотѣ [5]); вообще гдѣ нибудь на завѣщаніи, а не на оберткѣ. Въ подписи рукоприкладчика должно быть обозначено, за неумѣніемъ завѣщателя или за болѣзнію учинена имъ та подпись. И это дѣйствующее [6]) добавленіе сдѣлано въ 1831 году [7]). Но что-же должны прописать въ своей подписи свидѣтели? Естественно сначала узнать, какую цѣль преслѣдуютъ ихъ подписи. Со времени Положенія подписи свидѣтелей удостовѣряютъ токмо: 1) „въ подлинности завѣщанія, т. е. въ томъ, что лицо, предъявившее имъ завѣщаніе, есть точно то самое, коимъ оно сдѣлано и подписано; 2) что, при предъявленіи завѣщанія, они всѣ лично его

---

[1]) X т., 1 ч., ст. 1053.
[2]) X т., 1 ч., ст. 1048.
[3]) *Ibid.*
[4]) Ст. 1049 in f.
[5]) Ст. 1056.
[6]) Ст. 1053.
[7]) Полож. 1 окт. § 29.

видѣли и нашли въ здравомъ умѣ и твердой памяти“ [1]). Буквальный смыслъ постановленія не даетъ понять, подпись ли сама по себѣ удостовѣряетъ оба обстоятельства, или они въ ней должны быть прописаны, и въ этомъ смыслѣ она ихъ удостовѣряетъ (описываетъ и завѣряетъ описанное). Можно полагать, что свидѣтелямъ довольно подписаться [2]). И вотъ еще почему: статья Положенія продолжаетъ: эти два обстоятельства они должны подтвердить при допросѣ; къ чему допрашивать [3]), когда уже въ подписи подробно выяснено все, о чемъ можно допрашивать? Но свидѣтели должны знать, въ чемъ они свидѣтельствуютъ. Законъ разъясняетъ имъ это. Когда завѣщаніе писано не самимъ завѣщателемъ, то въ подписи писца или свидѣтелей (трудно сказать въ чьей именно) [4]) нужно подробно обозначить званіе завѣщателя [5]). Требованіе тоже новое. Изъ него можно извлечь аргументъ противъ предыдущаго вывода: если свидѣтели должны обозначить званіе завѣщателя, то не иначе, какъ когда излагаютъ оба пункта 1050 статьи; нельзя же имъ отмѣтить званіе завѣщателя, да и подписаться“ [6]). Правило трудно истолковать вѣрно. Когда въ завѣщаніе вкрались описки, подчистки и поправки, то онѣ должны быть оговорены въ подписи завѣщателя или рукоприкладчика. Это установлено еще со временъ Анны Іоанновны: въ 1740 году велѣно „приписки и чищенья рукоприкладчику въ рукоприкладываніи своемъ очистить“ [7]). Впослѣдствіи постановлено, что описки, подчистки, поправки и приписки, если онѣ сдѣланы рукою завѣщателя, и даже помимо этого, могутъ не быть оговариваемы, завѣщаніе свидѣтельствуется безпрепятственно [8]).

ε) **Количество свидѣтелей.**—Прежде законы не предполагали возможности, чтобы число свидѣтельскихъ подписей оказалось меньше

---

[1]) X т., 1 ч., ст. 1050.

[2]) *Полежаевъ*—l. c. стр. 80—81.

[3]) Допросъ при томъ безъ присяги (въ мѣстностяхъ гдѣ не введены Судебн. Уставы) со времени закона 1841 г. ноябр. 10. (2. П. С. 3. 15509).

[4]) Ср. *Побѣдоносцевъ*—Курсъ т. II, стр. 502.

[5]) X т., 1 ч., ст. 1048.

[6]) Въ этомъ смыслѣ *Шимановскій* („О явкѣ“, стр. 136) говоритъ: „изъ статьи видно, что свидѣтели должны *что-то* подробно означить, а потомъ также и званіе“.

[7]) П. С. 3. 8127, п. 14.

[8]) X т., 1 ч., ст. 1034.

числа подписавшихся лицъ. Но съ закона 1860 г. упоминается въ дѣйствующемъ правѣ рукоприкладчикъ за свидѣтеля, чѣмъ прямо допускаются подписи за неграмотныхъ свидѣтелей [1]); вмѣстѣ съ тѣмъ нѣтъ запрещенія одному рукоприкладствовать за нѣсколькихъ неграмотныхъ свидѣтелей. Ст. 1048 запрещаетъ соединять въ одномъ лицѣ лишь переписчика и рукоприкладчика за завѣщателя и за свидѣтеля, но рукоприкладство отдѣльнаго лица за нѣсколькихъ свидѣтелей не запрещено [2]).

z) **Качество свидѣтелей.**—Согласно Неволину, „по отношенію къ качествамъ свидѣтелей (до Положенія) дано только одно узаконеніе: „въ 1828 г. было постановлено, что раскольники и старообрядцы... не могутъ быть устранены отъ свидѣтельства духовныхъ завѣщаній, составляемыхъ людьми одинаковаго съ ними обряда, но не иначе, какъ въ видѣ частныхъ лицъ“ [3]). Но много раньше, по крайней мѣрѣ въ двухъ случаяхъ, даны указанія на нужныя качества свидѣтелей. Въ 1740 году [4]) разъяснено, что незапрещается родственникамъ подписываться (на домашнихъ завѣщаніяхъ) свидѣтелями, „а особливо при такихъ духовныхъ случаяхъ и завсегда бываютъ свойственники и друзья и кто приключится и кого просятъ, тѣ по своей волѣ и подписываютъ“. О завѣщаніи, уничтоженномъ въ 1786 году, свидѣтель объявилъ, что подписалъ завѣщаніе, не читая и не видавъ завѣщательницы; то и другое поставлено на видъ при уничтоженіи этого завѣщанія [5]). По Положенію, свидѣтелями не могутъ быть лица, въ пользу которыхъ составлено завѣщаніе, родственники и свойственники сихъ лицъ (опредѣленныхъ [6]) степеней), если завѣщаніе дѣлается не въ пользу прямыхъ наслѣдниковъ, вполнѣ или хотя частью, и всѣ недопускаемые къ свидѣтельству по гражданскимъ дѣламъ вообще; потомъ добавлены еще два ограниченія: не могутъ свидѣтель-

---

[1]) *Побѣдоносцевъ*—Курсъ II стр. 490; то-же *Змировъ*—„Утвержденіе завѣщаній къ исполненію“, Ж. Гр. и Уг. Пр. 87 г. октябрь, стр. 11 (со ссылкой на касс. рѣш. 1882 г. № 285); *Будзилевичъ*—назв. соч., стр. 19, 25.

[2]) *Шимановскій* не раздѣляетъ мнѣнія о допущеніи рукоприкладства за нѣсколькихъ свидѣтелей,—„О явкѣ“, стр. 257.

[3]) *Неволинъ*—l. c., стр. 318; П. С. З. 2356.

[4]) П. С. З. 8127, п. 4.

[5]) П. С. З. 16470.

[6]) Довольно неопредѣленныхъ, см. у *Побѣдоносцева* во II т.

ствовать душеприкащики и опекуны, назначенные въ духовномъ завѣщаніи, и всѣ, неимѣющіе права завѣщать [1]). Еще позже разъяснено, что монашествующіе низшихъ степеней могутъ быть свидѣтелями [2]). Сказанное въ Положеніи и послѣ него, а равно и указъ о старообрядцахъ 1828 года, все это образуетъ дѣйствующій законъ [3]). Рукоприкладчикъ и по Положенію и по дѣйствующему закону долженъ имѣть качества имовѣрнаго свидѣтеля [4]).

*2) Скрѣпа.* — Лишь съ 1839 года [5]) для завѣщаній, писанныхъ на нѣсколькихъ листахъ требуется, разумѣется прижизненная [6]), „скрѣпа" завѣщанія по листамъ самимъ завѣщателемъ, или рукоприкладчикомъ, или всѣми свидѣтелями на духовной подписавшимися; но послѣдніе могутъ скрѣплять актъ только по просьбѣ завѣщателя, оговоренной въ завѣщаніи. Правило дѣйствуетъ и нынѣ [7]). Въ качествѣ домашняго завѣщанія съ 1869 г. признается нотаріальное, въ чемъ либо несостоятельное, если удовлетворяетъ требованіямъ, предъявляемымъ къ домашнему [8]).

Выводъ. — Послѣ сказаннаго, о развитіи формъ и порядковъ совершенія завѣщаній (общихъ порядковъ) со времени Петра и до нашихъ дней можно, кажется, думать такъ: законныя формы написанія завѣщанія съ теченіемъ времени все болѣе и болѣе усложнялись; но иногда въ концѣ видно стремленіе закона [9]) исключить излишнее, ограничившись тѣмъ, что необходимо для достиженія цѣли, формой завѣщанія преслѣдуемой: достовѣрности подлиннаго выраженія воли. Давно было высказано въ Государственномъ Совѣтѣ:

---

[1]) П. С. З. 4844. § 20 и изъясненіе М. Г. С. 15 апр. 1842 г.

[2]) П. С. З. 41835.

[3]) X т., 1 ч., ст. 1054 прим.; ст. 1057.

[4]) X т., 1 ч., ст. 1053.

[5]) 2. П. С. З. 12939 п. 7.

[6]) 2. П. С. З. 50568.

[7]) X т., 1 ч., ст. 1035.

[8]) Ст. 1035[1].

[9]) Напр., частный ук. 1815 г. іюн. 16 (П. С. З. 25879): хотя завѣщаніе „писано не по формѣ и не у крѣпостныхъ дѣлъ", но Сенатъ полагалъ утвердить его, такъ какъ „условія, выставленныя въ завѣщаніи — ясны". (Въ ук. 2. П. С. З. 36953—утверждено завѣщаніе при отсутствіи свидѣтельскихъ подписей; но то случай исключительный). Обратно — 2. П. С. З. 6101.

„формы изобрѣтены единственно для огражденія отъ подлоговъ“ [1]). Прогрессивное измѣненіе формъ завѣщанія не должно забывать только этого.

## § 10. (ПРОДОЛЖЕНІЕ).

1) Храненіе.—Написанное домашнее, совершонное крѣпостное и нотаріальное завѣщанія находятся до смерти завѣщателя въ такомъ состояніи, когда они еще не могутъ быть исполнены—сила ихъ наступитъ не ранѣе момента смерти завѣщателя. Такъ какъ это посмертное значеніе завѣщанія признавалось всегда, то уже издавна законы заботятся о храненіи завѣщаній. Еще по Псковской Суд. Гр. завѣщаніе полагалось для этой цѣли въ ларь св. Троицы. Фактически подобный порядокъ вѣроятно существовалъ и въ Москвѣ въ XVI и XVII вѣкахъ. Но закономъ опредѣленъ порядокъ храненія завѣщаній только въ XVIII вѣкѣ и то во второй его половинѣ. Когда учреждена Сохранная Казна, то въ нее разрѣшено вносить завѣщанія на храненіе; завѣщаніе отдается при объявленіи, „въ которомъ завѣщатель можетъ написать все что для пользы своей за благо разсудитъ, исключая... тяжбѣ подверженныхъ и постороннихъ дѣлъ“ и всего того, „что противно сему установленію и тремъ частямъ генеральнаго плана“ [2]). Въ текущемъ столѣтіи Московскій Попечительный Комитетъ [3]) также сталъ принимать завѣщанія на храненіе, какъ и другія [4]) особенно кредитныя установленія [5]).

По Положенію мѣсто храненія предоставлено на выборъ завѣщателю: можно и у себя оставать [6]); это конечно не запрещалось и раньше. Всякія завѣщанія могутъ быть ввѣрены на храненіе (согласно правиламъ 5 апр.) нотаріусу. Дѣйствующіе законы [7]) относительно храненія признаютъ и то, что допущено Положеніемъ, и то, что согласуется съ Временными Правилами.

---

[1]) „Архивъ Государственнаго Совѣта“ т. III стр. 302.

[2]) П. С. З. 13909.

[3]) П. С. З. 29387 (1823 мар. 28).

[4]) Опекунскій Совѣтъ съ 1812 г. апр. 12, (П. С. З. 25075; 2. П. С. З. 3262; 2. П С. З. 11579. § 41 и слѣд.; 3. П. С. З. 5022). Попечит. Комитетъ Имп. Человѣколюб. Общ 2. П. С. З. 15002. § 58, (X т., 1 ч., ст. 1013 прим., прилож. ст. 8); Приказы Общ. Призрѣнія 2. П. С. З. 22255.

[5]) 2. П. С. З. 35847 Уст. Госуд. Банка п. 14.

[6]) *Неволинъ*—l. c., стр. 337.

[7]) X т., 1 ч., ст. 1043, 1058, 1059.

2) **Отмѣна и измѣненіе.**—„Всегда признавалось за правило, что составившій духовное завѣщаніе вправѣ потомъ и измѣнить его [1]). Но порядокъ, въ которомъ должна быть сдѣлана эта замѣна, никогда (т. е. до Положенія) не былъ опредѣленъ“ [2]). Мы выше по другому поводу приводили слова указа Петра В: „и такія противныя и несостоятельныя крѣпости наддравъ переписывать“; наддраніе вѣроятно и было тогда порядкомъ отмѣны завѣщанія [3]). Кромѣ того, позволительно думать, что закону не чуждо было, впрочемъ уже въ началѣ XIX вѣка, предположеніе объ отмѣнѣ прежняго завѣщанія фактомъ совершенія новаго. Въ 1817 году отмѣнено послѣдующее завѣщаніе, сдѣланное вопреки первому, Высочайше утвержденному именнымъ указомъ. Сдѣлано это на томъ основаніи, что „именной указъ можетъ быть отмѣненъ только именнымъ же указомъ; нельзя даже допустить тяжбы“ (между претендующими сторонами), такъ какъ пришлось бы „подвергнуть Высочайшій указъ произвольному уѣздпаго суда толкованію, чему вѣроятно и примѣра доселѣ не было“ [4]). A contrario, отсюда слѣдуетъ: если бы завѣщаніе, первое, было обыкновеннымъ завѣщаніемъ, то оно могло бы быть отмѣнено позднѣйшимъ; во всякомъ случаѣ была бы допущена тяжба [5]). По Положенію 1 окт. 1831 г., какъ и по дѣйствующей 1031 с. X т. 1 ч., всякая отмѣна измѣненіе и перемѣна подлежатъ тѣмъ же правиламъ, какъ и самое составленіе завѣщанія; именно, отмѣнить завѣщаніе можно составленіемъ о томъ же предметѣ узаконеннаго новаго, или соотвѣтствующимъ прошеніемъ, или нотаріальнымъ актомъ объ уничтоженіи завѣщанія [6]).

3) **Явка.**—Сохранившееся и неизмѣненное завѣщаніе со смертью завѣщателя должно быть исполнено. Но необходимымъ условіемъ этого

---

[1]) По пунктамъ 1725 г. (П. С. З. 4722) бездѣтный не могъ этого сдѣлать въ томъ случаѣ, если отказался отъ своего права измѣнить уже сдѣланное имъ завѣщаніе.

[2]) *Неволинъ*—l. c., стр. 324.

[3]) Нѣкоторые оправдываютъ подобный порядокъ отмѣны завѣщанія даже для дѣйствующаго права—завѣщаній нотаріальныхъ и крѣпостныхъ, см. *Лубковъ*—въ Суд. Газ. 1891 г. № 6. Но это можно допустить лишь по отношенію къ домашнимъ завѣщаніямъ ср. *Змировъ*—„Недостатки законовъ о завѣщаніяхъ“, стр. 97.

[4]) П. С. З. 26689.

[5]) Ср 2. П. С. З. 3699 (ук. 1830 г.) и 2. П. С. З. 10363. (зак. 1837 г.).

[6]) X т., 1 ч., ст. 1031.

исполненія со временъ Петра признается посмертная явка завѣщанія въ подлежащемъ присутственномъ мѣстѣ

Въ то-же самое время, какъ установлено въ 1701 г. подписаніе завѣщанія дьякомъ, дѣлаемое при внесеніи въ крѣпостную книгу, было подтверждено, чтобы „всякихъ чиновъ людей духовныя по святымъ правиламъ и по Уложенію свидѣтельствовать отцами духовными сидѣльцами и писцомъ и подписывать митрополиту“ [1]). Такимъ образомъ, Петромъ Великимъ установлены для духовныхъ завѣщаній два дѣйствія власти: одно только для крѣпостныхъ завѣщаній—внесеніе въ книгу у крѣпостныхъ дѣлъ при жизни завѣщателя (прижизненная явка), другое для всѣхъ духовныхъ, совершаемое послѣ смерти завѣщателя. Обрядъ посмертной явки удержанъ неизмѣнно въ теченіе всего прошлаго вѣка, но свидѣтельствованіе принадлежало не духовной а свѣтской власти. Передача свидѣтельствованія въ руки свѣтской власти совершилась окончательно въ 1722 году [2]).

*а) Задача посмертной явки крѣпостнаго завѣщанія.*—Тогда же повелѣно: „а которыя духовныя спорныя, то разсматривать „въ присутствіи одного или двухъ сенаторовъ“; „а завѣты и духовницы знатныхъ особъ, аще покажутся въ чемъ сумнительными, объявлять оныя въ духовный Коллегіумъ и въ Юстицъ-Коллегіумъ и оба Коллегія разсудятъ и опредѣленіе положатъ“ [3]). Изъ сопоставленія этихъ двухъ указовъ нужно заключить, что вторичная явка (т. е. засвидѣтельствованіе по ук. 1701 г. генв. 12) въ началѣ XVIII в. заключала въ себѣ, во всякомъ случаѣ для духовныхъ завѣщаній „знатныхъ особъ“, нотаріальный и судебный элементы. Такое пониманіе тогдашней явки подтверждается и отсутствіемъ въ законѣ опредѣленій, „въ какой мѣрѣ предъявленный противъ духовнаго завѣщанія споръ долженъ служить препятствіемъ къ его засвидѣтельствованію“ [4]). Разборъ спора и выясненіе подлинности и законности завѣщанія—все это входило

---

[1]) П. С. З. 1823 (1701 г. генв. 12).

[2]) П. С. З. 3963 п. 16 докл. 2. Хотя уже въ 1701 г. ноября 7 (П. С. З. 1876) свидѣтельствованіе перенесено изъ Разряда въ Моск. Судн. Приказъ, что въ 1704 г. подтверждено. (П. С. З. 1970) но въ ук. 1722 г. апр. 12 говорится, что правило не исполнялось и свидѣтельствованіе завѣщаній оставалось за духовенствомъ вплоть до этого послѣдняго указа.

[3]) П. С. З. 3718. (1721 г.; Регламентъ Дух. Колл., Уст. III § 11).

[4]) *Неволинъ*—l. c., стр. 322.

первоначально, въ составъ посмертной явки. Поэтому то распрашивали свидѣтелей не только о здравомъ умѣ завѣщателя, о приложеніи имъ руки по доброй волѣ и при свидѣтеляхъ, или о причинахъ рукоприкладства, но, какъ видно изъ указа 1721 г. [1]), опредѣляли: не нарушилъ ли завѣщатель и прочихъ требованій закона, не перешелъ ли онъ границъ, положенныхъ для лицъ завѣщающихъ, для имуществъ отчуждаемыхъ и для лицъ получающихъ по завѣщанію; вообще не „сумнительна“ [2]) ли духовная.

Судебныя дѣйствія власти во вторичной явкѣ впослѣдствіи обособились отъ нотаріальныхъ. Смѣшеніе тѣхъ и другихъ еще наблюдается въ 1786 году, когда указано, что завѣщанія свидѣтельствуются узаконеннымъ порядкомъ и „что по тѣмъ свидѣтельствамъ окажется по тому и рѣшеніе дѣлать“ [3]). Свидѣтельствованіе отличено отъ рѣшенія, но неясно, неопредѣленно. Но уже въ 1819 году [4]) этой неопредѣленности нѣтъ. Въ одномъ случаѣ „точность завѣщанія подписаніемъ самого завѣщателя и взятыми допросами отъ подписавшихся свидѣтелей“ была удостовѣрена. По словамъ указа, Палатѣ оставалась наконецъ при сей явкѣ та единственно обязанность, чтобы завѣщаніе, засвидѣтельствовавъ и записавъ объ этомъ въ книгу, возвратить кому слѣдуетъ. Между тѣмъ Палата, не ограничившись этими нотаріальными функціями „вошла сверхъ того еще въ существенное разсмотрѣніе завѣщанія“ [5]). Это дѣйствіе признано „равновременнымъ“ и при томъ подлежащимъ разбору суда. Палата получила выговоръ, а въ законѣ стало какъ день ясно, что при явкѣ нотаріальная власть не должна входить въ „существенное разсмотрѣніе“ завѣщанія [6]), ограничиваясь только опредѣленіемъ его „точности“, т. е., свидѣтельствуя всякое завѣщаніе въ которомъ соблюдены требуемыя закономъ формальности.

Поэтому въ дѣйствующемъ правѣ посмертная явка удержалась въ сильно измѣненномъ видѣ. Цѣль ея теперь уже не засвидѣтель-

---

[1]) П. С. З. 3718.

[2]) См. выше ук. 1721 г.

[3]) П. С. З. 16460 (1781 г. Ноябр. 19).

[4]) П. С. З. 27729 (1819 г. М. 24).

[5]) *Ibid.*

[6]) Или „самыхъ распоряженій“ по выраженію В. У. Мн. Гос. С. 1839 г. (2. П. С. З. 12939 п. 6).

ствованіе, въ смыслѣ указовъ начала XVIII вѣка. Разъ явленное, крѣпостное завѣщаніе, уже со времени Положенія, признается подлиннымъ и не подлежащимъ оспариванію съ этой стороны (кромѣ доказыванія подлога). Законность же распоряженій, помѣщенныхъ въ завѣщаніи, по мысли закона [1]) (ср. ук. 1819 г.), не можетъ быть выяснена при явкѣ, такъ какъ при этомъ нельзя входить въ существенное разсмотрѣніе завѣщанія. Итакъ, если первая явка крѣпостнаго завѣщанія касается только формы завѣщанія, т. е. всего, чего можетъ касаться нотаріальная власть, а вмѣстѣ съ тѣмъ посмертная явка освободилась отъ судебнаго элемента, то въ чемъ же значеніе вторичной явки? Г. Побѣдоносцевъ говоритъ: „крѣпостныя завѣщанія, коихъ подлинность удостовѣряется явкою при жизни завѣщателя, требуютъ по смерти его другой явки: для утвержденія къ исполненію“ [2]). Государственный совѣтъ высказался (въ 1860 г. Іюня 18) [3]) о задачахъ вторичной явки нѣсколько иначе: „вторичная явка имѣетъ свое особое значеніе, распространяющееся на всѣ завѣщанія вообще: какъ домашнія, такъ и крѣпостныя. Она служитъ удостовѣреніемъ въ томъ, что воля завѣщателя, выраженная въ засвидѣтельствованномъ при его жизни завѣщаніи, осталась неизмѣнною, что завѣщаніе имъ отмѣнено не было, что оно должно подлежать исполненію“ [4]).

Таково, приблизительно, историческое развитіе явки крѣпостнаго завѣщанія. Для нашей цѣли нѣтъ надобности подробно разсматривать дѣлавшіяся перемѣны въ срокахъ явки [5]) и мѣстахъ гдѣ явка совершалась; вообще она производилась въ тѣхъ мѣстахъ, которымъ были поручены крѣпостныя дѣла [6]), а съ учрежденія о губерн. въ

---

[1]) X т., 1 ч., ст. 1060 прим. и прил. къ ст. 1013 п. 7.

[2]) Курсъ гражд. права, т. II, стр. 510; по *Мейеру* (Рус. гр. право, II стр. 758) „засвидѣтельствованіе по смерти завѣщателя между прочимъ имѣетъ смыслъ утвердить права наслѣдованія сообразно завѣщанію“. Но такой смыслъ явка пріобрѣла лишь со времени правилъ 5 апр., а до нихъ цѣль ея была, по *Змирлову* (l. c. стр. 88), засвидѣтельствованіе.

[3]) 2. П. С. З. 35957 и 2. П. С. З. 35956.

[4]) 2. П. С. З. 35957. Такимъ образомъ по этому Мн. Гос. Сов. явка есть не болѣе какъ оглашеніе акта, (Суд. Вѣстн. 1871 г. № 25, „О ходѣ работъ по измѣненію законовъ о духовныхъ завѣщаніяхъ“).

[5]) См. П. С. З. 16993 и 2. П. С. З. 3134; 2. П. С. З. 6104.

[6]) *Невоминъ*—l. c., стр. 319—320.

гражд. палатахъ. Но слѣдуетъ опредѣлить какъ являлось и свидѣтельствовалось домашнее завѣщаніе.

*б) Явка домашняго завѣщанія.*—Вопросъ о явкѣ домашнихъ завѣщаній возникъ тотчасъ по разрѣшеніи этой формы ихъ совершенія. Изъ частнаго указа 1767 года [1]) можно заключить, что законодатель признавалъ необходимою въ крайнемъ случаѣ одну явку домашняго духовнаго завѣщанія, прижизненную или хотя бы посмертную. Посмертная явка и при томъ въ узаконенный срокъ требуется и въ частномъ указѣ 1813 года [2]). За два года до изданія Положенія также указано являть домашнія духовныя завѣщанія послѣ смерти въ положенный срокъ; тогда-же опредѣлены и лица, которыя должны представлять завѣщаніе къ крѣпостнымъ дѣламъ [3]). Одна посмертная явка установлена и Положеніемъ 1 Октября. Въ дѣйствующемъ законѣ сказано, что, „домашнія завѣщанія ...не прежде какъ по смерти завѣщателя представляются для утвержденія къ исполненію и къ явкѣ для удостовѣренія подлинности и законности“ [4]).

Такимъ образомъ, для домашняго завѣщанія требовалась всегда только одна явка, какъ было и въ древности. Но въ современной явкѣ домашняго завѣщанія нужно различать собственно два совмѣстно-совершаемыхъ дѣйствія: удостовѣреніе въ подлинности или явка въ смыслѣ прижизненной для крѣпостнаго, и утвержденіе къ исполненію, какъ явка вторичная. Такъ, кажется, полагаетъ и г. Побѣдоносцевъ [5]) Слѣдовательно то, что въ крѣпостномъ завѣщаніи дѣлается въ два пріема, съ домашнимъ производится въ одинъ. Сверхъ этого, явка домашняго завѣщанія стоитъ еще на той ступени, когда нотаріальныя и судебныя функціи власти сливаются въ одномъ актѣ, чего нѣтъ при крѣпостномъ совершеніи завѣщаній. Въ самомъ дѣлѣ, законъ говоритъ о явкѣ домашняго завѣщанія для утвержденія къ исполненію [6])—это „вторичная“ явка, но также и о явкѣ для удостовѣ-

---

[1]) П. С. З. 13011.

[2]) П. С. З. 25448.

[3]) *Неволинъ*—l. c., стр. 321.

[4]) X т., 1 ч., ст. 1014.

[5]) Курсъ, т. II стр. 510; но ср. *Полежаевъ*—l. c., стр. 90—91; тамъ-же доводы за и противъ явки домашняго завѣщанія.

[6]) X т., 1 ч., ст. 1060.

ренія подлинности и законности завѣщанія [1]). Отсюда нужно заключить, что Судъ можетъ входить въ разсмотрѣніе законности распоряженій завѣщателя, опредѣлять ихъ правомѣрность. Такое пониманіе закона согласовалось бы съ общимъ правиломъ для явочныхъ актовъ [2]). Но насколько широко это право Суда входитъ при явкѣ домашнихъ завѣщаній въ существенное ихъ разсмотрѣніе? Одни [3]) думаютъ, что Судъ можетъ признать незаконнымъ только то, что само по себѣ очевидно. Другіе, не соглашаясь даже съ этимъ взглядомъ практики и литературы, границами дѣйствій Суда они ставятъ „тѣ обстоятельства, которыя улавливаются изъ внѣшней стороны духовнаго завѣщанія", при чемъ формы должны быть ясно видны изъ акта" [4]); по послѣднему взгляду, явка домашняго завѣщанія равнозначительна явкѣ крѣпостнаго и есть дѣйствіе нотаріальное [5]); все остальное въ завѣщаніи, что не улавливается изъ акта, отлагается до судебнаго утвержденія къ исполненію или даже до судебнаго разбирательства, когда предъявленъ будетъ споръ стороной заинтересованной; это все потому, что „базисъ вопроса не въ явкѣ, а въ засвидѣтельствованіи, явка же есть, такъ сказать, моментальное дѣйствіе, вслѣдствіе котораго начинается цѣлый рядъ процессуальныхъ дѣйствій, который вѣнчается засвидѣтельствованіемъ или отказомъ отъ засвидѣтельствованія духовнаго завѣщанія" [6]); послѣдняя мысль довольно непонятна, ибо въ силу ея явка есть уже и не нотаріальное а какое то, моментальное дѣйствіе,—передача бумаги подлежащему лицу, что-ли? Вообще трудно сказать, которое толкованіе явки вѣрнѣе. Отдѣленіе нотаріальныхъ отъ судебныхъ обязанностей при явкѣ признается для крѣпостныхъ завѣщаній. Первая явка тамъ носитъ чисто нотаріальный характеръ [7]). Восполняя недостающее въ совершеніи домашнихъ завѣщаній сравнительно съ крѣпостными, воз-

---

[1]) Ст. 1014.

[2]) Прил. къ ст. 708 п. 20.

[3]) *Побѣдоносцевъ*—Курсъ II, стр. 513.

[4]) *Шимановскій*—l. c., стр. 238. *Свитневъ* находитъ, что при явкѣ нельзя выходить „изъ области фактовъ добытыхъ тѣмъ или другимъ путемъ". („О дух. завѣщ."—стр. 23, 36); но вопросъ въ томъ и состоитъ, что̀ должно считать при явкѣ „фактомъ".

[5]) *Шимановскій*—„О явкѣ", стр. 237 и др.

[6]) *Тамъ-же*—стр. 55 и слѣд.

[7]) Прил. къ ст. 1013 п. 3.

можно бы признать, что явка домашняго равняется первой явкѣ крѣпостнаго; но и тогда тождественности между ними не будетъ: у явки домашняго завѣщанія будетъ недоставать прижизненности, а кромѣ того „вторичная“ явка (къ утвержденію), необходимая для крѣпостнаго завѣщанія, должна будетъ совершаться, при домашнемъ, тотчасъ вслѣдъ за первой, такъ что обѣ все равно сольются. Если же признать, что въ явкѣ домашняго имѣются и нотаріальные и судебные элементы, то она, какъ будто, будетъ походить на совершеніе завѣщанія нотаріусомъ: и нотаріусъ въ силу 83 ст. Пол. о Нот. ч. входитъ въ разсмотрѣніе самыхъ распоряженій завѣщателя, но только тогда, когда въ немъ что либо противно законамъ, ограждающимъ порядокъ управленія общественнаго, нравственность или честь частныхъ лицъ [1]),—а при явкѣ домашняго завѣщанія, безъ спора со стороны заинтересованныхъ лицъ, разсматривались бы всѣ распоряженія завѣщателя съ точки зрѣнія ихъ законности, при чемъ многое могло бы быть выяснено только помощью предъявленія судебныхъ доказательствъ—и явка оказалась бы, какъ это по нашему мнѣнію и есть, на ступени развитія петровскихъ указовъ о томъ, что оба коллегія разсудятъ и рѣшеніе положатъ. Въ явкѣ домашняго завѣщанія неразличимо утвержденіе подлинности отъ утвержденія законности, не отдѣлены нотаріальныя функціи отъ судебныхъ.

*в) Явка нотаріальнаго завѣщанія.*—Со времени правилъ 5 апрѣля для всѣхъ завѣщаній, въ томъ числѣ и для нотаріальныхъ, обязательно представленіе ихъ въ судъ для утвержденія къ исполненію [2]); но для нотаріальныхъ нужно только это [3]).

4) **Исполненіе.**—Только съ утвержденіемъ завѣщанія къ исполненію въ дѣйствительности наступаютъ предположенныя завѣщателемъ перемѣны. Его распоряженія исполняются. Конечно, самое исполненіе завѣщаній не можетъ быть нормировано въ законѣ: оно зависитъ отъ содержанія завѣщанія [4]). Но законъ можетъ назначить лицъ,

---

[1]) *Побѣдоносцевъ*—l. c., т. II, стр. 568.

[2]) А не „для явки и утвержденія“ (ст. 1061), ибо „въ окружной судъ завѣщанія представляются только для утвержденія“, *Гожевъ*—„Томъ X, ч. 1, изд. 1887 г.“, докладъ, Ж. Гр. и Уг. Пр. 1888 г. ноябрь, стр. 88.

[3]) Ст. 1060 примѣч.

[4]) Мнѣніе *Змирлова*—„О недостаткахъ“, стр. 67.

исполняющихъ завѣщаніе, опредѣлить порядокъ принятія имущества по завѣщанію и проч. Это имъ и дѣлается. Завѣщанія, какъ и въ древности, всегда исполнялись душеприкащиками или самими наслѣдниками [1]); Положеніе 1 Окт. оставило порядокъ исполненія на прежнемъ основаніи [2]). Многочисленныя въ дѣйствующемъ правѣ постановленія о порядкѣ исполненія завѣщаній въ пользу благотворительныхъ учрежденій [3]) имѣютъ въ виду собственно порядокъ принятія завѣщанныхъ имъ имуществъ [4]).

5) **Особенныя завѣщанія.**—Кромѣ общихъ порядковъ и формъ совершенія духовныхъ завѣщаній въ теченіе XVIII и XIX вв. образовались особенные, соотвѣтственно обстоятельствамъ времени и мѣста, въ которыхъ завѣщатель могъ бы лишь съ большимъ трудомъ воспользоваться обыкновенными правилами, или соотвѣтственно особенному или исключительному общественному положенію и правамъ завѣщателя.

*а) Морское.*—Начало положено, какъ и многому другому въ предметѣ нашего разсмотрѣнія, Петромъ Великимъ: По морскому Уставу 1720 года, на военномъ кораблѣ секретарь „повиненъ писать на гербовой бумагѣ, а когда гербовой бумаги не случиться, то на бумагѣ, закрѣпленной руками всѣхъ офицеровъ, будущихъ на кораблѣ, тестаменты и вносить ихъ въ протоколъ“ [5]). Положеніе 1 октября подробнѣе выяснило этотъ особенный порядокъ совершенія завѣщаній для военныхъ и другихъ судовъ во время походовъ; завѣщанія отдаются на храненіе начальнику корабля или старшему по немъ; составленныя съ вѣдома [6]) начальства, они имѣютъ силу крѣпостныхъ; на купеческихъ корабляхъ завѣщаніе отдается на храненіе при двухъ свидѣтеляхъ корабельному писцу и командиру. Корабельное завѣщаніе подписывается завѣщателемъ и лицомъ, принявшимъ завѣщаніе на храненіе. За неграмот-

---

[1]) X т., 1 ч., ст. 1084 и цитаты подъ ней.

[2]) *Неволинъ*—l. c., стр. 241.

[3]) X т., 1 ч., ст. 1090—1096, 1089, 984; т. IX, З. С., ст. 386, 392, 398 и др. (См. *Гожевъ* и *Цвѣтковъ*—Сборн. гр. законовъ, №№ 9468, 1487, 1492, 1508, 9478, 4479, 4706).

[4]) Подобно прежнимъ законамъ: 2. П. С. З. 5870 § 464; 2. П. С. З. 14409; 2. П. С. З. 317016; 2. П. С. З. 52701.

[5]) П. С. З. 3485 кн. III, гл. V, § 4.

[6]) Слово безъ значенія, см. *Побѣдоносцевъ*—Курсъ т. II, стр. 522.

наго завѣщателя подписывается рукоприкладчикъ, упомянувъ по какой причинѣ: за неумѣніемъ завѣщателя грамотѣ или потому, что завѣщатель писать не можетъ. Эти правила дѣйствуютъ и теперь съ тою разницею, что завѣщаніе признается по силѣ равнымъ не только крѣпостному, но и нотаріальному (X т. 1 ч., ст. 1072—1075).

*б) Вдовье.*—Въ 1803 году [1]) установлено для вдовъ сокращенное совершеніе завѣщанія. Этотъ порядокъ сводился къ объявленію ими въ Опекунскомъ Совѣтѣ своихъ на случай смерти распоряженій о капиталахъ, или къ составленію записи, или надписанію на самихъ билетахъ, внесенныхъ во Вдовью Казну, кому эти билеты отдать послѣ смерти вдовы. Свидѣтельствуется завѣщаніе священникомъ. Впослѣдствіи [2]) этотъ порядокъ замѣненъ другимъ: вдовы, живущія во Вдовьемъ Домѣ и дѣвицы изъ Дома Призрѣнія могутъ дѣлать по желанію домашнія завѣщанія, свидѣтельствуемыя священникомъ смотрителемъ и врачемъ Дома [3]) (X т. 1 ч., ст. 1082).

*в) Карантинное.*—Съ 1818 года для выдерживающихъ карантинъ заведенъ особенный порядокъ совершенія завѣщаній; позволено писать завѣщанія при 4-хъ свидѣтеляхъ [4]). О карантинныхъ завѣщаніяхъ говорится то-же въ дѣйствующемъ законѣ, въ Уст. Карантинномъ [5]).

*г) Госпитальное.*—Нѣсколько позднѣе [6]) установленъ особенный порядокъ завѣщанія для военныхъ и морскихъ госпиталей: завѣщанія подписываются дежурнымъ офицеромъ, священникомъ и дежурнымъ врачемъ, и представляются въ контору госпиталя [7]). Положеніе 1-го октября распространило этотъ порядокъ и на другіе публичные госпитали. Позднѣе для Кіевскаго военнаго госпиталя прибавлено присутствіе, при совершеніи завѣщанія, старшей сестры милосердія [8]). Все то-же повторяется въ дѣйствующемъ законѣ (X т. 1 ч., ст. 1081 съ прим.).

---

[1]) П. С. З. 13909.

[2]) Съ 1854 г. 2. П. С. З. 28613 § 93.

[3]) 2. П. С. З. 26200 § 43.

[4]) П. С. З. 27490, Уст. Кар., § 17 и 2. П. С. З. 5690, Уст. Кар. 1832 г., § 58 и § 59.

[5]) Вновь повторено въ 1841 г. 2. П. С. З. 14614 § 58 и § 59.

[6]) 2. П. С. З. 1889 (Уст. о непрем. военн. госп. 1828 г.).

[7]) Ibid. § 300 и § 191.

[8]) П. С. З. 35688.

*д) Крестьянское.*—Уже послѣ Положенія 1831 года установленъ особенный порядокъ завѣщанія для крестьянъ государственныхъ: завѣщанія, на суму не свыше 15 р. и только на движимое, записывается въ шнуровую книгу [1]), позже это правило роспространено на крестьянъ горнозаводскихъ; а еще позже установленъ особенный порядокъ свидѣтельствованія крестьянскихъ завѣщаній черезъ запись въ книгу сдѣлокъ и договоровъ [2]), о которомъ упомянуто раньше, (въ первой главѣ) (X т. 1 ч., ст. 1015).

*е) Походное.*—Служащіе въ арміи во время похода могутъ составлять завѣщанія въ походныхъ канцеляріяхъ, гдѣ они и явлены должны быть; тогда считаются равносильными крѣпостнымъ, а по дѣйствующему закону и нотаріальнымъ (X т. 1 ч., ст. 1071).

*ж) Заграничное.*—За границей россійскій подданный можетъ писать завѣщаніе по обряду той страны, въ которой завѣщаніе будетъ писано; а если оно явлено въ миссіи и консульствѣ то равняется крѣпостному или нотаріальному [3]). Кромѣ явки въ консульствѣ съ 1869 г. заграничныя завѣщанія должны подвергаться утвержденію русскаго суда по мѣсту жительства завѣщателя или по мѣсту нахожденія имущества въ Россіи (ст. 1077, 1078, 1079),

*з) Членовъ Императорской Фамиліи.*—Къ особеннымъ порядкамъ совершенія завѣщаній можетъ быть отнесено и духовное завѣщаніе, установленное для членовъ Императорской Фамиліи. Существенная особенность этого порядка въ дозволеніи „тайныхъ“ завѣщаній [4]). Изъятія для членовъ Императорскаго Дома совершенно исключительны; сдѣланы они недавно (въ 1797 году); при томъ они установлены по французскимъ образцамъ, поэтому мало что прибавляютъ къ пониманію духовныхъ завѣщаній по русскому гражданскому праву въ историческомъ развитіи.

**Историческое развитіе формъ и порядковъ завѣщанія въ законодательномъ періодѣ.**—Обозрѣть съ нѣкоторой подробностью данныя источниковъ объ установленіи и измѣненіи формъ и порядковъ со-

---

[1]) 2. П. С. З. 11189 (1830 г. апр. 30 ч. III).

[2]) 2. П. С. З. 43090.

[3]) 2. П. С. З. 11721а.

[4]) Св. З. т. I Учр. Имп. Фамиліи ст. 188. Ср. *Романовичъ-Славатинскій* —„Система“, стр. 294.

вершенія духовныхъ завѣщаній (ихъ написанія, явки, утвержденія, храненія) и неполное теченіе вѣковъ XVIII и XIX вѣковъ *кряду*, было нелишнимъ вотъ почему. Интересно узнать, насколько въ отношеніи этихъ вопросовъ велика связь обоихъ вѣковъ или другими словами, насколько велика связь начальнаго пункта развитія (указы Петра Великаго) съ конечнымъ (дѣйствующія статьи X т. 1 ч.). Несомнѣнно одно: Положеніе 1 Окт. 1831 года стоитъ въ тѣснѣйшемъ единеніи со всѣми казуальными законами, издававшимися о формахъ и совершеніи завѣщаній до него и со всѣми послѣдующими измѣненіями. Оно, какъ и намѣревалось, „сообразило и дополнило“ то что въ законахъ уже существовало; впослѣдствіи и само оно пополнялось. Крѣпостной порядокъ совершенія завѣщаній въ особенности рельефно показываетъ, что его нынѣшняя обрядность ведетъ свое начало отъ указовъ первыхъ годовъ XVIII вѣка. На дочашнемъ довольно замѣтна постепенность усложненія формъ, конечно для гарантированія подлинности завѣщанія, и по отношенію къ нему Положеніе 1 Октября 1831 года было только узломъ связующимъ прежнее съ новымъ. Нотаріальный порядокъ есть дѣло позднѣйшаго времени. Явка и свидѣтельствованіе существуютъ, постепенно измѣняясь со времени Петра Великаго; по отношенію къ нимъ Положеніе не было закономъ рѣзко ихъ преобразовавшимъ—оно ихъ лишь полнѣе охарактеризовало. Храненіе завѣщаній точно также впервые нормировано до Положенія и правила его восполнялись въ послѣдующее время. Объ исполненіи завѣщаній и въ дѣйствующемъ X т. сказано все то, и только то, что признавалось въ XVIII вѣкѣ, если не считать все прибывавшихъ подробностей о принятіи завѣщанныхъ имуществъ. Рѣшительно всѣ, вопросы, исключая и порядка измѣненія завѣщанія, поставлены до Положенія и тогда же найдены первые на нихъ отвѣты. Положеніе не рѣшило ихъ всѣхъ, да конечно и впредь послѣдуютъ исправленія нормирующихъ совершеніе завѣщаній правилъ. Наконецъ, постепенность образованія дѣйствующихъ законовъ о формахъ и порядкахъ совершенія завѣщаній наглядно проявляется на особенныхъ завѣщаніяхъ; возникновеніе ихъ одного за другимъ, можно сказать, окончательно сглаживаетъ переходъ изъ времени до Положенія ко времени послѣ него.

А если это такъ, то можемъ ли мы выдѣлять развитіе порядковъ и формъ завѣщанія со времени Положенія 31 года и до нынѣ, съ

исторической точки зрѣнія, въ особый періодъ? Полагаемъ, что на это нѣтъ достаточныхъ основаній: Положеніе, исходя изъ желанія обезпечить подлинность актовъ, усложнило формы и формальности, оно было, пускай, самымъ крупнымъ узаконеніемъ въ этомъ отношеніи, но оно почерпнуло весьма много изъ предшествующаго, не менѣе того къ нему добавило позднѣйшее законодательство; оно столько же принадлежитъ прошлому вѣку сколько и настоящему, т. е. именно что касается формъ и совершенія завѣщаній. Его нельзя признать закономъ, открывающимъ въ этомъ отношеніи новый періодъ развитія. Равнымъ образомъ, далѣе, XVIII вѣкъ есть начало новыхъ формъ и порядковъ завѣщанія, но только потому, что въ XVI и XVII вѣкахъ *по закону* не существовало никакихъ а фактически соблюдавшіяся—соблюдаются въ общежитіи частію и теперь, но фактъ не право, обычная форма до признанія не правомѣрна въ законодательную пору. Сверхъ того, (и это главное) всѣ издававшіеся указы, отъ Судебниковъ и по дѣйствующій X т. Св. Законовъ включительно, исходили относительно воззрѣній на формы завѣщаній изъ одинаковыхъ принциповъ: по возможности оградить духовное завѣщаніе полнотою формальностей отъ подлога.

Значитъ, формальная сторона завѣщаній въ законодательную эпоху развивалась такъ, что замѣчается тѣсная связь и преемственность въ законахъ и ихъ однохарактерность впродолженіи XVI и XVII, XVIII и, наконецъ, XIX вѣка. Это съ исторической точки зрѣнія. Но если взглянуть на законы съ точки зрѣнія редакціонной, то получается трехчленная періодизація, которая подойдетъ къ періодизаціи Неволина и Полежаева: I періодъ: отсутствіе законовъ о формахъ завѣщаній (XVI и XVII вѣка); II періодъ: законы казуальные (XVIII вѣкъ и XIX до Положенія 1 окт. 1831 г.); III періодъ: законы обобщающіе и ихъ пополненіе, (время послѣ 1831 года).

## § 11. ЗАВѢЩАТЕЛЬНЫЯ ПРАВОСПОСОБНОСТИ по ПОЛОЖЕНІЮ и ДѢЙСТВУЮЩЕМУ ПРАВУ.

Не внеся новыхъ началъ въ формальную сторону духовнаго завѣщанія, Положеніе 1 октября быть можетъ измѣнило въ прежнемъ: по закону дарственномъ, духовномъ завѣщаніи, тѣ элементы, на которыхъ яснѣе всего отражается такое или иное пониманіе сущности

акта въ данное время: возможно, что правоспособность къ завѣщанію, правоспособность лицъ въ пользу которыхъ можетъ быть сдѣлано завѣщаніе и самый предметъ завѣщанія коренным образомъ измѣнены Положеніемъ 1831 года. Вообще возможно, что Положеніе (а за нимъ Сводъ Законовъ, въ который оно вошло почти цѣликомъ), заставляетъ считать завѣщаніе теперь уже не тѣмъ, чѣмъ оно было до 1831 года.

Но и по началу Положенія открывается, что многаго ожидать не слѣдуетъ: Положеніе намѣревается устранить неопредѣлительность „настоящаго *порядка* ихъ (духовныхъ завѣщаній) составленія, храненія и явки", для чего „признано нужнымъ сообразить и дополнить существующія *по сему* предмету узаконенія". Слѣдовательно, какъ и прежніе законы, Положеніе не стремится распутать затрудненія съ пониманіемъ завѣщанія, какъ акта наслѣдованія, съ неяснымъ характеромъ правоспособности къ нему и съ сомнительностью его законнаго содержанія.

1) **Лица завѣщающія.**—Прежнія ограниченія по лицамъ завѣщающимъ частью удержаны частью обобщены.

*а) Здравый умъ и твердая память.*—То, что могло быть выведено изъ указовъ XVIII вѣка о цѣломъ умѣ и разумѣ, именно постановлено въ Положеніи. Всѣ духовныя завѣщанія должны быть составляемы въ здравомъ умѣ и твердой памяти. Но подъ эту общую формулу Положеніе подводитъ частности: по сему недѣйствительны завѣщанія 1) безумныхъ, сумасшедшихъ и умалишенныхъ, когда они составлены ими во время помѣшательства (разъяснено позднѣе) и 2) самоубійцъ [1]). И общее правило и выводы изъ него составляютъ дѣйствующій законъ [2]), но нельзя не замѣтить—законъ довольно неясный, а о самоубійцахъ, какъ будто даже противорѣчивый другимъ законамъ и самому источнику статьи. Что разумѣется подъ здравымъ умомъ и твердой памятью? Если допустить, что слова „твердая память" имѣютъ реальный смыслъ, то мы сталкиваемся съ понятіемъ столь растяжимымъ, что оно не можетъ быть на дѣлѣ вѣрно опредѣлено тѣми средствами, которыя для этого даются закономъ: свидѣтельскими показаніями. У старыхъ и недужныхъ весьма за-

[1]) См. у *Неволина*—l. c., стр. 325—326.

[2]) X т., 1 ч., ст. 1016 · 1017.

трудительно качественное опредѣленіе памяти [1]), между тѣмъ законъ не предоставляетъ свидѣтелямъ никакихъ средствъ убѣдиться въ состояніи памяти завѣщателя и имъ часто приходится довольствоваться однимъ предположеніемъ [2]). Это же справедливо и вообще объ умѣ и памяти, но только въ отношеніи свидѣтелей, а не суда: судъ имѣетъ признанные закономъ достаточными способы убѣдиться въ томъ, былъ-ли завѣщатель въ здравомъ умѣ и твердой памяти и для изучающаго право вопросъ о происходящемъ на дѣлѣ несуществененъ. Но по самому смыслу статьи, какое состояніе психики человѣка нужно посчитать здравымъ умомъ и твердой памятью? Не иначе какъ нормальное заурядное состояніе всѣхъ вообще умственныхъ способностей, въ ихъ числѣ, конечно, и памяти, но не въ противоположность уму, а какъ части этого болѣе широкаго понятія. Поэтому, справедливо сказано Мейеромъ, что „твердая память есть не болѣе, какъ привѣсокъ самъ по себѣ неимѣющій значенія“ [3]).

Если 1016 статья говоритъ, такимъ образомъ, о нормальномъ состояніи ума-разума вообще, то и выводъ 1017 ст. 1 п. о безумныхъ, сумасшедшихъ и умалишенныхъ долженъ быть понятъ въ смыслѣ противоположенія „здраваго ума“—„помѣшательству“; въ противномъ случаѣ является новая задержка: законы даютъ возможность опредѣлить, въ частности, что считается безуміемъ, что сумасшествіемъ, но „умалишенные“,—это „слово не имѣетъ опредѣленнаго смысла“ [4]). Правда, и признавши, что 1016 ст. требуетъ отъ завѣщателя нормальнаго состоянія умственныхъ силъ, а 1017 на основаніи ея запрещаетъ завѣщаніе лицамъ съ ненормальнымъ ихъ состояніемъ,—мы не покончимъ съ темнотою этихъ правилъ; напримѣръ, по нашимъ законамъ, „уклоненіе отъ здраваго разсудка подъ вліяніемъ сильныхъ страстей не можетъ быть препятствіемъ къ составленію завѣщательныхъ распоряженій“ [5]), а между тѣмъ его нельзя признать, на самомъ дѣлѣ, нормальнымъ состояніемъ; другой примѣръ, состояніе ума беременной женщины: его во многихъ случаяхъ нельзя назвать вполнѣ

---

[1]) *Карновичъ*—Объ умств. способн. завѣщателя, стр. 533, 534, 536.

[2]) *Тамъ-же*—стр. 544, 542—543.

[3]) *Мейеръ*—Рус. гражд. право, II, стр. 748.

[4]) Доказательства у *Карновича*—l. c., стр. 548.

[5]) *Тамъ-же*—стр. 549.

нормальнымъ,—а препятствіемъ для совершенія завѣщанія это служить не будетъ [1]). Но все же приходится думать, что законы признаютъ помѣшаннымъ, лишеннымъ нормальнаго состоянія умственныхъ способностей, только того, кто оффиціально признанъ таковымъ [2]) (административнымъ-ли, или судебнымъ порядкомъ, въ случаѣ спора или иначе). Такой смыслъ закона весьма сильно напоминаетъ указъ объ освидѣтельствованіи дураковъ въ Сенатѣ.

б) **Самоубійцы.**—О самоубійцахъ Положеніе вывело правило въ въ одномъ словѣ,—отсюда его неясность и мнимое противорѣчіе Улож. о Наказаніяхъ (которое указано и въ числѣ источниковъ статьи). Правило дѣйствуетъ и нынѣ и съ давняго времени о немъ спорятъ. Несомнѣнно, во первыхъ, что самоубійство еще почитается у насъ преступленіемъ. Въ семидесятыхъ годахъ, впрочемъ, и это оспаривалось въ литературѣ; но возраженія разобраны уже Березницкимъ и доказана ихъ несостоятельность [3]). такъ что теперь это не подлежитъ сомнѣнію. Неклюдовъ выражается такъ: „законъ грозитъ самоубійцѣ недѣйствительностью его духовнаго завѣщанія“ [4]). Пр. Фойницкій тоже говоритъ о самоубійствѣ какъ преступленіи и о наказаніи за него: „законъ опредѣляетъ за оконченное самоубійство недѣйствительность завѣщательныхъ распоряженій“ [5]). Кистяковскимъ было убѣдительно доказано, что самоубійство по нашимъ законамъ есть преступленіе; вотъ его самый сильный аргументъ: „взглядъ Улож. о Наказаніяхъ на самоубійство, какъ на преступленіе, виденъ: подстрекательство и пособничество уравнены съ таковыми же въ убійствѣ, кромѣ того *примѣнены общія правила вмѣненія*“ [6]).

Но весь вопросъ въ томъ, какое завѣщаніе и какого самоубійцы считается ничтожнымъ. По буквѣ гражданскаго закона—всякое [7]),

---

[1]) *Ibid.*

[2]) *Сбитневъ* съ этимъ не соглашается—назв. соч. стр. 188.

[3]) *Березницкій*—назв. соч. стр. 9—10, 12, 23, 27 (наказаніе), 31 („спеціальная насильственная мѣра“).

[4]) *Неклюдовъ*—Уголов. право, т. I стр. 153.

[5]) *Фойницкій*—Особ. часть, стр. 121 и 11.

[6]) Рефератъ—стр. 26, 25.

[7]) Такъ выходитъ по *Мейеру*, который считаетъ ничтожность завѣщанія самоубійцы мѣрою предупредительною, установленною ради сохраненія нѣкоторыхъ „дорогихъ интересовъ“ общества. (Рус. гражд. право—стр. 765).

но если принять во вниманіе несовершенство редакціи статьи [1]), то изъ связи 1016 и 1017 статей можно вывести, что духовныя завѣщанія „не потому недѣйствительны, что они исходятъ отъ самоубійцъ, а потому, что они составлены не въ здравомъ умѣ и твердой памяти или, точнѣе, въ безуміи лицами, посягнувшими..... въ тоже самое время на собственную жизнь“ [2]); поэтому „если завѣщаніе составлено до помѣшательства, оно силы своей не теряетъ по одному тому, что оно составлено самоубійцею“ [3]). Слѣдовательно, изъ самого гражданскаго закона вытекаетъ, что завѣщаніе самоубійцы недѣйствительно тогда, когда составлено вопреки требованіямъ 1016 статьи; хотя при этомъ въ статьяхъ дѣйствующихъ законовъ и окажется излишнее повтореніе одного и того же правила, но за то 1017 ст. будетъ согласна съ своимъ источникомъ: мы видѣли, что по ук. 1766 г. завѣщаніе самоубійцы убившаго себя въ безуміи) дѣйствительно, если составлено не въ безуміи.

Тотъ же выводъ получимъ, сравнивъ постановленія гражданскаго закона съ уголовнымъ. Уложеніе о наказаніяхъ различаетъ три разряда самоубійцъ: 1) убившіе себя въ безуміи—они невмѣняемы; 2) намѣренные самоубійцы (умышленные)—наказуются недѣйствительностью изъ завѣщаній; 3) самоубійцы исключительные (женщина ради спасенія чести и проч.) [4]); самоубійцы послѣдней категоріи не признаны преступниками, и завѣщанія ихъ по уголовному закону дѣйствительны. Отсюда можно заключить, что уголовный законъ предоставляетъ гражданскому завѣщанія самоубійцъ первой и третей категоріи—его касаются только вмѣняемые самоубійцы преступники. О вмѣняемыхъ же именно постановляется, въ видѣ наказанія, что завѣщанія ихъ недѣйствительны и вполнѣ исключаются изъ сферы дѣйствія законовъ гражданскихъ. Слѣдовательно завѣщанія безумныхъ и исключительныхъ самоубійцъ дѣйствительны, когда удовлетворяютъ требованіямъ 1016 статьи X т. 1 ч. Что-же до духовныхъ завѣщаній самоубійцъ вмѣняемыхъ, то изъ текста уголовнаго закона выводятъ, будто недѣйствительны только завѣщанія, составленныя

---

[1]) *Кистяковскій*—Рефератъ, стр. 48.

[2]) *Тамъ-же*—стр. 49 и 26.

[3]) *Ibidem.*

[4]) Совершенно вѣрное подраздѣленіе, сдѣланное *Медоксомъ*—назв. соч., стр. 10.

передъ смертью или когда составлены въ виду задуманнаго самоубійства [1]). Основываются при этомъ главнымъ образомъ на терминѣ Уложенія о Наказаніяхъ „*предсмертныя* распоряженія“ [2]). Но это дѣло уголовнаго права рѣшить, вѣренъ ли такой взглядъ; для насъ, если даже согласиться съ нимъ, останется яснымъ, что одни завѣщательныя распоряженія умышленныхъ самоубійцъ будутъ недѣйствительны—въ видѣ наказанія и въ согласіи съ улучшеннымъ требованіемъ Воинскихъ Артикуловъ, другія будутъ дѣйствительны, ибо уголовный законъ не разрушитъ ихъ силы, а правило гражданскаго соблюдено: умышленный самоубійца составилъ завѣщаніе въ здравомъ умѣ и твердой памяти. Противорѣчіе между гражданскимъ и уголовнымъ закономъ есть только кажущееся [3]), а на самомъ дѣлѣ они другъ друга дополняютъ. Взятыя изъ общаго источника, уголовное постановленіе воспользовалось одной стороной указа 1766 года [4]), гражданское—другою. Но давая въ 1016 ст. общее правило, можно было обойтись безъ казуальнаго изъ него вывода—2 п. 1017 ст.

в) **Женщины.**—О правоспособности къ завѣщанію по полу Положеніе не высказалось, но имъ не постановлено для женщинъ и ограниченія. Тоже сохранено въ дѣйствующемъ законѣ [5]).

г) **Монахи.**—Прежнее разрѣшеніе монашествующимъ властямъ дѣлать завѣщанія удержано и въ Положеніи, и въ дѣйствующемъ X т. [6]). Но прочіе монашествующіе не могутъ завѣщать [7]).

д) **Несостоятельный.**—Изъ отмѣченнаго выше случая, въ которомъ завѣщаніе на имущество, состоящее въ опекѣ за долги, было уничтожено, въ Положеніи и дѣйствующемъ правѣ образовалось общее правило: завѣщаніе лица, находящагося подъ опекою по дол-

---

[1]) *Медоксъ*—(l. c., стр. 17), примыкая къ мнѣнію *Полежаева*.

[2]) *Тамъ-же*—стр. 14.

[3]) Госуд. Совѣтъ въ 1862 г. успѣшно выполнилъ ихъ согласованіе, см. *Маркова*—„Объ измѣненіи законовъ о духовныхъ завѣщаніяхъ“, Прав. Вѣстн. 1870 г. № 210.

[4]) По словамъ *Змирлова*, ст. 1016 и 1017 „несогласны въ существѣ даже и съ тѣмъ матеріаломъ, изъ котораго онѣ извлечены“ (т. е. съ П. С. З. 12779 ук. 1766 г. по дѣлу Шаховскаго)—О недостаткахъ, стр. 86, 87. Какъ видимъ, это не вѣрно.

[5]) О правѣ женщины завѣщать, см. въ статьѣ „О наслѣдованіи женщинъ по закону“, Суд. Газ. 1891 г. № 8.

[6]) Ср. ст. 1025 и прим.

[7]) Св. З. т. IX (изд. 76 г.) ст. 363.

гамъ, можетъ быть дѣйствительно только тогда, когда за удовлетвореніемъ всѣхъ заимодавцевъ остается свободное имущество [1]).

Новыхъ правилъ въ Положеніи 1 октября 1831 года о лицахъ завѣщающихъ мало. Именно дано одно общее, два другихъ являются выводами изъ него.

в) **„Право отчуждать имущество“**.—Всѣ духовныя завѣщанія должны быть составляемы лицами, имѣющими по законамъ право отчуждать имущество [2]). Отсюда дѣлаются выводы: недѣйствительны завѣщанія 1) несовершеннолѣтнихъ, не достигшихъ двадцати лѣтъ съ годомъ и 2) лицъ, лишенныхъ по суду правъ состоянія; позднѣе пояснено: когда приговоръ имъ уже объявленъ [3]). Итакъ, несовершеннолѣтніе и лишенные правъ потому не могутъ завѣщать, что первые еще не могутъ отчуждать имущество, а вторые уже не въ правѣ отчуждать имущество. Поэтому, весьма послѣдователенъ дальнѣйшій подвыводъ, (собственно излишній): лица, состоящія подъ арестомъ, говорится въ законѣ, доколѣ приговоръ о лишеніи ихъ правъ состоянія не объявленъ (т. е. доколѣ они правоспособны утчуждать имущество), не лишаются права составлять завѣщанія на основаніи общихъ правилъ, о домашнихъ завѣщаніяхъ постановленныхъ [4]). Общее правило съ выводами и подвыводомъ дѣйствуетъ и теперь, но въ послѣднемъ прежде существовало дабавленіе распорядительнаго характера для лицъ, въ вѣдѣніи которыхъ состоитъ арестованный: они должны были способствовать арестованному въ. выборѣ свидѣтелей, если капиталъ завѣщаемый положенъ въ Сохранную Казну [5]). И въ этой прибавкѣ говорилось о завѣщаніи капитала, слѣдовательно и она подтверждаетъ требованіе правоспособности отчуждать имущество.

Изъ сказаннаго о лицахъ завѣщающихъ нельзя не видѣть, что русская testamentifactio activa сводится къ отсутствію ограниченій въ правахъ отчуждать имущество и этимъ исчерпывается. Такое основаніе правоспособности къ завѣщанію. по нашему мнѣнію, было уже замѣтно въ XVIII в. и въ XIX до Положенія. Въ Положеніи и дѣй-

---

[1]) Полож. 1 окт. 1831 г. § 6 и т. X ч. 1, ст. 1021.

[2]) Полож. 1 окт. 1831 г. § 6 и т. X ч. 1, ст. 1018.

[3]) Ст. 1019 и цитаты подъ ней.

[4]) Ст. 1020.

[5]) *Неволинъ*—l. c., стр. 326.

ствующемъ законѣ оно выражено съ полною опредѣленностью и какъ общее правило, и какъ предпосылка остальныхъ ограниченій для монаховъ, арестованныхъ и несовершеннолѣтнихъ. Только требованіе здраваго ума и твердой памяти (съ выводами изъ этого общаго правила) неизвѣстно на какія основанія опирается; по здравый умъ нуженъ, конечно, въ виду посмертной силы завѣщанія, въ виду необходимости знать истинную волю лица объ его имуществѣ, воля эта въ предсмертныя минуты можетъ подвергнуться насилію или выразиться не согласно истинному желанію завѣщателя объ отчужденіи имущества; такимъ образомъ и это предписаніе закона (единственное сходное съ древнерусскими обычными) можно понимать, какъ огражденіе правомѣрнаго отчужденія имущества. Изъ того же принципа исходитъ запрещеніе совокупныхъ завѣщаній, но также и изъ права завѣщателя на отмѣну завѣщанія, которое было бы стѣснено при совокупномъ завѣщаніи двухъ лицъ [1]). Признавая такой взглядъ закона на правоспособность завѣщателя, довольно не трудно разрѣшить тѣ недоумѣнія, которыя возникали въ практикѣ и литературѣ о духовныхъ завѣщаніяхъ несовершеннолѣтнихъ и лишенныхъ правъ.

ж) **Несовершеннолѣтніе.**—Высказывалось, что несовершеннолѣтніе могутъ составлять завѣщанія за подписью попечителя, такъ какъ будто бы дѣло шло объ обыкновенномъ отчужденіи имущества. Основаніе такому выводу находятъ въ 220 и 221 статьяхъ X т. 1 ч., по которымъ несовершеннолѣтніе имѣютъ, будто-бы, неоспоримое право на завѣщаніе [2]). Но справедливо указываетъ Муловъ, что ни въ одной статьѣ X т. 1 ч. не говорятся о правѣ несовершеннолѣтнихъ подъ какимъ бы то ни было видомъ дѣлать завѣщанія [3]). Однако, изъ характера требуемой правоспособности къ завѣщанію въ самомъ дѣлѣ прямо слѣдовало бы, что несовершеннолѣтніе вправѣ завѣщать съ согласія попечителя, если законъ именно не запрещаетъ имъ этого. Тогда въ ст. 1019 мы бы имѣли выводъ изъ ст. 1018, аналогичный извѣстному выводу 2 п. 1017 изъ 1016 статьи. Несмотря на то, мнѣніе, что статью 1019 нужно понимать буквально [4]), все таки пра-

[1]) См. ст. 1032.

[2]) *Муловъ* „Завѣщанія несовершеннолѣтнихъ", стр. 462, 464—465.

[3]) *Тамъ-же*—стр. 463.

[4]) *Куницынъ*—„Духов. завѣщ. несовершеннолѣтнихъ", стр. 646—647.

вильно, но главнымъ образомъ по другой причинѣ; она указана Куницынымъ: связь ст. 220 съ ст. 221 даетъ разумѣть, что до совершеннолѣтія право несовершеннолѣтняго было не полное [1]), что „нѣкоторыя дѣйствія ему можетъ быть и вовсе не дозволялись, хотя бы попечитель и не отказывалъ въ своемъ согласіи“ [2]). Но какія же это дѣйствія? Продажа допускается (т. X ч. 1 ст. 1387) [3], мѣна конечно тоже; возмездные договоры вообще позволены (т. X ч. 1 ст. 541); остаются распоряженія о дарственномъ или безмездномъ отчужденіи и распоряженія завѣщательныя въ особенности“ [4]). Невознаграждаемая подписью попечителя неправоспособность несовершеннолѣтняго существуетъ въ отношеніи дарственныхъ актовъ и завѣщаній. Другой вопросъ, насколько тутъ законодательство послѣдовательно и раціонально [5]).

3) **Арестованные.**—Съ арестованными, но не лишенными права отчуждать имущество, затрудненіе другого рода. Такъ какъ лишеніе правъ состоянія сопровождается переходомъ наслѣдства къ наслѣдникамъ по закону [6]) („наслѣдство открывается“), то и рѣшаютъ: гражданская смерть есть смерть, а потому на случай ея (гражданской смерти) арестованный и можетъ сдѣлать завѣщаніе [7]). Здѣсь все сводится къ тому: можно ли писать завѣщаніе на другіе, кромѣ естественной смерти, случаи открытія наслѣдства? Долженъ быть данъ отвѣтъ утвердительный, если завѣщаніе есть актъ *наслѣдованія*, отрицательный—при всякомъ другомъ пониманіи теперешняго завѣщанія.

2) **Лица, въ пользу которыхъ можно завѣщать.**—Ограниченія по лицамъ, въ пользу которыхъ можно завѣщать, взяты Положеніемъ частью изъ прежнихъ указовъ дословно или въ измѣненномъ видѣ, частью высказаны впервые:

---

[1]) Ст. 221 X т. 1 ч., говоритъ о *полномъ*.

[2]) *Куницынъ*—тамъ-же стр. 676.

[3]) *Куницынъ*—ссылается и на ст. 776, т. е. по дѣйствующ. изд. X т. 1 ч. ст. 708 прил. I ст. 59.

[4]) *Тамъ-же*—стр 651.

[5]) Въ послѣднемъ отношеніи намъ кажется правильнымъ мнѣніе *Муллова* (l. c., стр. 471), а не *Куницына* (l. c., стр. 661, 662); того-же мнѣнія *Змирловъ*—l. c., стр. 90.

[6]) *Хавскій*—(l. c., стр. 48) допускаетъ только законное наслѣдованіе лишенному правъ; съ этимъ въ согласіи мнѣніе *Сбитнева*—l. c. стр. 192.

[7]) *Якубъ*—„Практическое примѣненіе ст. 1018, 1019 и 1020“, Суд. Газ. 1891 г. № 11.

1) Карантинные чиновники согласно Положенію не могутъ быть наслѣдниками по завѣщанію только во всемъ имуществѣ, по позднѣй шимъ законамъ и въ какой либо части его, если не имѣютъ правъ законнаго наслѣдованія [1]).

2) Вскорѣ послѣ Положенія недозволено завѣщать недвижимыя дворянскія имѣнія лицамъ, не имѣющимъ права владѣть ими [2]) и, наоборотъ, дворянамъ запрещено пріобрѣтать по завѣщанію крестьянъ безъ земли. Послѣднее правило, конечно, скоро исчезло, но первое признается и въ дѣйствующемъ X т. ст. 1028.

3) Монастырямъ [3]), по прежнему, нельзя завѣщать недвижимости. Позднѣе это разъяснено въ томъ смыслѣ, что монастыри и церкви не могутъ получать по завѣщанію иначе, какъ по испрошеніи на то черезъ Св. Синодъ Высочайшаго соизволенія [4]). Подобное правило существуетъ и для завѣщаній въ пользу Московскаго Попечительнаго Комитета [5]). Но завѣщать—собственно въ обоихъ случаяхъ можно.

4) О монашествующихъ послѣ Положенія сдѣлано разграниченіе, по которому въ ихъ пользу нельзя завѣщать какъ движимаго, такъ и недвижимаго, но сіе ограниченіе не распространяется на иконы, панагіи, наперстные кресты, книги духовно-нравственнаго и учепаго содержанія [6]). Въ качествѣ мотива запрещенія выставлено то, что монашествующіе со времени постриженія устранены отъ правъ наслѣдства [7]). Такой мотивъ согласуется съ новымъ постановленіемъ Положенія: „всѣ тѣ лица, кои по лишеніи правъ состоянія считаются не способными къ законному наслѣдству, неспособы и къ принятію имуществъ по завѣщанію [8])".

Итакъ, всѣ почти теперешнія ограниченія по лицамъ, въ пользу которыхъ можно сдѣлать завѣщаніе сходны по своему содержанію и

---

[1]) 2. П. С. З. 14614 п. 27 in f.; X т. 1 ч., ст. 1067 п. 5.

[2]) 2 П. С. З. 9685 (1836 г. ноябр. 4).

[3]) Другимъ юридич. лицамъ много разъ давалось право получать по завѣщанію, напр. 2. П. С. З. 6788.

[4]) 2. П. С. З. 13326; X т. 1 ч., ст. 1067 п. 2.

[5]) Ст. 1067 п. 6.

[6]) Ст. 1025 и прим., ст. 1067 п. 3.

[7]) См. *Неволинъ*—l. c. стр. 327; X т. 1 ч. ст. 1067 п. 3.

[8]) Полож. 1 окт. § 39 (*Неволинъ*—ibid.).

характеру съ тѣми, которыя признавались до Положенія, т. е. въ то время, когда завѣщаніе мало чѣмъ отличалось въ законахъ отъ дарственнаго акта. Но новое общее правило дѣйствующее и теперь [1]), какъ бы уравниваетъ нужную правоспособность наслѣдника по завѣщанію съ правоспособностью наслѣдника законнаго. Для лицъ завѣщающихъ требуется только право отчуждать имущество, а для наслѣдующихъ повидимому, какая то непонятная правоспособность наслѣдника по завѣщанію, равная правоспособности наслѣдника по закону? Но если обратить вниманіе на заключительныя слова правила, то оно становится понятнымъ. Статья говоритъ: лишенные правъ неспособны къ принятію имуществъ по завѣщанію, а мимоходомъ, законъ повторяетъ, что они неспособны и къ законному наслѣдованію. Центръ тяжести статьи не на уравненіи правоспособностей, а на опредѣленіи того, какъ быть съ лишенными правъ. Законъ и постановляетъ, что они неспособны не только къ наслѣдованію по закону, но и къ принятію имуществъ по завѣщанію. Статья говоритъ именно это, а не что либо другое, ее нельзя напримѣръ перевести такъ: лишенные правъ неспособны къ принятію имуществъ по завѣщанію, *потому что* неспособны къ законному наслѣдованію. Слѣдовательно, и это правило требуетъ отъ наслѣдника по завѣщанію лишь правоспособности къ принятію имущества. Уравненія правоспособностей наслѣдниковъ по закону и по завѣщанію невозможно видѣть и въ мотивѣ выставленномъ къ ограниченію монаховъ въ полученіи имуществъ по завѣщанію и въ условіи для наслѣдованія по завѣщанію карантинными чиновниками: взяты они изъ прежнихъ узаконеній [2]) и не имѣли въ то время такого смысла.

**Выводъ** — Всѣ или въ крайнемъ случаѣ большинство правилъ Положенія и X тома о лицахъ завѣщающихъ и о лицахъ, въ пользу которыхъ можетъ быть сдѣлано завѣщаніе, не даютъ возможности найти въ духовномъ завѣщаніи послѣ Положенія ни одной черты отличія его отъ прежняго дарственнаго завѣщанія... Однако у насъ есть еще въ запасѣ много законовъ объ имуществахъ, отчуждаемыхъ по завѣщанію, о прочихъ, неимущественныхъ, частяхъ завѣщанія, о правахъ, на которыхъ можно завѣщать имущество, наконецъ, теперь

---

[1]) Ст. 1067 п. 4.

[2]) См. цитаты подъ ст. 1067, X т. 1 ч.

уже имѣется легальное опредѣленіе завѣщанія, какъ акта. Какъ же понимается завѣщаніе въ этихъ законоположеніяхъ.

## § 12. СОДЕРЖАНІЕ ЗАВѢЩАНІЯ по ПОЛОЖЕНІЮ и ДѢЙСТВУЮЩЕМУ ПРАВУ.

1) **Имущества завѣщаемыя.**—О завѣщаемыхъ *благопріобрѣтенныхъ* имуществахъ Положеніе выражается кратко и опредѣленно. Всѣ имущества [1]) благопріобрѣтенныя, движимыя и недвижимыя, могутъ быть завѣщаемы неограниченно [2]). Только для пожалованныхъ арендъ существуетъ исключеніе: до истеченія срока онѣ могутъ быть завѣщаемы только женѣ и дѣтямъ тѣхъ лицъ, кому онѣ были пожалованы или же одному изъ наслѣдниковъ въ прямой линіи. Это признается и въ дѣйствующемъ законѣ [3]), и сравнительно съ прошлымъ—новаго мало.

Но о *родовыхъ* имуществахъ Положеніе установило общее правило, по которому „родовыя имущества не подлежатъ завѣщанію“ [4]). Впрочемъ, намъ кажется, что такое категорическое запрещеніе дѣйствующаго закона [5]) въ сущности *не отрицаетъ права завѣщать родовое въ пользу законныхъ наслѣдниковъ* и слѣдовательно, оно только точнѣе выразило мысль прежнихъ законовъ о безусловно необходимомъ переходѣ родовыхъ имуществъ по наслѣдству. Въ самомъ дѣлѣ, признается правиломъ и въ дѣйствующемъ законѣ: „если въ духовномъ завѣщаніи допущены распоряженія, законамъ *противныя*, то сіи распоряженія суть недѣйствительны; но при семъ всѣ другія распоряженія, законамъ не противныя, остаются въ своей силѣ“ [6]). Итакъ, пользуясь этой статьей закона можно завѣщать родовое имѣніе [7]), но законъ обѣщаетъ признать эту часть завѣщанія недѣйствительной, *если* родовое будетъ завѣщано противно законамъ, т. е. не

---

[1]) Также авторскія права, ср. стр. 1185, X. т. 1 ч.; см. у *Шершеневичъ*—„Авторское право“, стр. 148 прим. 2.

[2]) Полож. 1 Окт. § 39.

[3]) X т. 1 ч., ст. 1067 начало и п. 1.

[4]) *Пахманъ*—понимаетъ буквально. (Исторія Кодификаціи, т. II, стр. 165).

[5]) X т. 1 ч., ст. 1068 начало.

[6]) Ст. 1029.

[7]) Такъ думалъ и *Кавелинъ*—„Права и обязанности“, стр. 393.

въ пользу наслѣдниковъ по закону. Только такую силу придаетъ законъ своему запрещенію завѣщать родовое.

Подобное истолкованія, согласуется съ указаннымъ въ разсматриваемой статьѣ изъятіемъ для бездѣтнаго собственника. Бездѣтный собственникъ „*можетъ предоставить* все свое родовое имущество или часть его (кому-либо изъ числа опредѣленныхъ закономъ лицъ) *мимо* ближайшихъ наслѣдниковъ“ [1]). Бездѣтный—можетъ *предоставить*, а не бездѣтный—*предоставить* не можетъ. Статья интересуется послѣдствіями завѣщательнаго распоряженія о родовомъ имѣніи мимо законныхъ наслѣдниковъ: для бездѣтнаго собственника, въ виду этихъ послѣдствій, есть смыслъ сдѣлать завѣщаніе, для другихъ лицъ—завѣщаніе на родовое излишне, вѣдь все-равно *предоставить* его кому-либо постороннему завѣщатель не можетъ. Самое же право составить завѣщаніе на родовое имѣніе (въ пользу законныхъ наслѣдниковъ не иначе) для собственника существуетъ какъ и по Жал. Грамотамъ, Уложенію и Судебникамъ.

Это-же открывается и изъ узаконеній позднѣйшихъ Положенія 1831 г., именно изъ узаконеній о *заповѣдныхъ* имѣніяхъ, пожалованныхъ на правѣ майоратовъ въ губерніяхъ западныхъ. Эти имѣнія „не подлежатъ завѣщаніямъ, *вопреки* правилъ для перехода сихъ имѣній по наслѣдству постановленнымъ“ [2]). Казалось бы, что разъ имѣніе наслѣдственное, весь порядокъ наслѣдованія въ немъ опредѣленъ напередъ и при томъ съ полной точностью (майоратъ)—для чего же тутъ оставлять право завѣщанія? а законъ все-таки на него не посягаетъ: онъ запрещаетъ завѣщать заповѣдное *вопреки* правиламъ о наслѣдованіи въ немъ, слѣдовательно, согласно съ правилами завѣщать можно даже наслѣдственное имѣніе, какъ было и прежде.

Итакъ, и въ отношеніи завѣщаемыхъ имуществъ наблюдается полное согласіе между XIX и XVIII вѣкомъ (и даже XVI и XVII, своимъ чередомъ). Это выведено, полагаемъ, изъ самого дѣйствительнаго разума каждаго закона порознь и всѣхъ трехъ въ совокупности. *Благопріобретенное завѣщается по произволу, родовое и въ завѣщаніи идетъ юридически необходимо, но завѣщать его не запрещено.*

---

[1]) X т. 1 ч., ст. 1068.

[2]) Ст. 1069.

По завѣщанію переходятъ цѣнности (хотя, быть можетъ, не однѣ положительныя), а слѣдовательно, нужно всегда знать, какія именно. Положеніе требуетъ, чтобы имущества завѣщаемыя были обозначены точно. Посему недѣйствительны завѣщанія, учиненныя съ *очевидною* ошибкою... въ имуществѣ завѣщаемомъ" [1]). Съ 1839 г. (тоже подтверждено въ 69 г.) можно опредѣлять это имущество и общими выраженіями, какъ *напримѣръ*: „все движимое и недвижимое, или такую то часть онаго, или за исключеніемъ такой-то части", наблюдая только, что бы въ послѣднемъ случаѣ части изъемлемыя изъ завѣщанія, были опредѣлены съ точностью" [2]). Примѣнять правило 1839 года. конечно, не затруднительно. Но статья Положенія 1831 г. очень туманна: что̀ слѣдуетъ признавать очевидною ошибкою въ имуществѣ (сомнѣніе относится и къ ошибкѣ въ лицѣ наслѣдника, предусматриваемой тою-же статьею)? По словамъ Кавелина это ошибка, „которая лишаетъ возможности, понять намѣренія завѣщателя" [3]).

2) **Душеприкащики.**—Всегда могли быть назначены завѣщаніемъ душеприкащики [4]). Такъ и теперь. Въ послѣдующее за Положеніемъ время было подтверждено, что „ни кто изъ служащихъ въ карантинныхъ учрежденіяхъ не имѣетъ права быть душеприкащикомъ у выдерживающаго картинъ" [5]); позже сдѣлано исключенія въ пользу членовъ карантинныхъ совѣтовъ [6]). Объ обязанностяхъ душеприкащика въ Положеніи и дѣйствующемъ правѣ почти только и указано, что онъ исполняетъ завѣщаніе [7]). Уложеніе Ц. А. М. даже какъ-будто подробнѣе опредѣляетъ обязанности душеприкащика. Кругъ ихъ, хотя „заключается въ совершеніи дѣйствій, основанныхъ на содержаніи завѣщанія" [8]) недостаточно ясенъ: на практикѣ встрѣчаются затрудненія, которыя, благодаря существенной невыясненности инсти-

---

[1]) Полож. 1 окт. § 10; X т. 1 ч., ст. 1026.

[2]) X т. 1 ч., ст. 1027.

[3]) *Кавелинъ*—тамъ-же, стр. 406.

[4]) *Неволинъ*—l. c., стр. 331.

[5]) П. С. З. 5960 § 27; 2 П. С. З. 16416 § 27.

[6]) X т. 1 ч., ст. 1085 и цитаты подъ ней.

[7]) Ст. 1084; въ этомъ впрочемъ основная цѣль душеприкащичества; см. *Тужскій*—„Кто является исполнителемъ завѣщанія", Суд. Газ. 1890 г. № 44.

[8]) *Гольмстенъ*—О душеприкащикахъ, введеніе, стр. 1.

тута душеприкащичества въ дѣйствующемъ правѣ [1]), не вполнѣ могутъ быть устранены и въ теоріи [2]). Напримѣръ: долженъ-ли душеприкащикъ давать отчетъ въ своихъ дѣйствіяхъ? Въ древности, когда душеприкащикъ дѣйствовалъ по обычаю, въ этомъ не представлялось надобности. Но теперь это необходимо, а между тѣмъ въ законѣ нѣтъ такого требованія. Точно также: можетъ-ли душеприкащикъ отчуждать завѣщанное имущество, если содержаніе завѣщанія его уполномочиваетъ на это? Конечно да, такъ какъ иначе не всегда возможно самое исполненіе завѣщанія, но съ другой стороны вѣдь душеприкащикъ не собственникъ и не повѣренный. Вѣрно, что „основаніе душеприкащичества какъ дѣятельности—самое завѣщаніе“ [3]), но, пока душеприкащичество не отнесено закономъ къ тому или другому роду правоотношеній, и требованіе отчета, и право распоряженія—не могутъ быть не посредственно выведены изъ закона. Посредственно они выводятся: пр. Гольмстенъ предлагаетъ понимать душеприкащичество по началамъ общимъ съ довѣренностью и отнести его къ разряду обязательствъ по веденію чужихъ дѣлъ [4]). Такой взглядъ основателенъ особонно потому, что душеприкащичество—правоотношеніе неомнѣнно требующе согласія избраннаго лица; одного волеизъявленія завѣщателя было бы мало для назначенія въ душеприкащики; такъ было въ древности, надо думать законъ полразумѣваетъ это и теперь. „Отъ назначенія лица душеприкащикомъ до возникновенія обязательства еще очень далеко“ [5]). „Лицо, избранное душеприкащикомъ, вольно принять званіе или отказаться отъ него“ [6]). Въ первомъ случаѣ для него возникаетъ обязательство выполнить распоряженія завѣщателя. Пр. Гольмстенъ остроумно сравниваетъ душеприкащичество съ довѣренностью, продолженною за предѣлы жизни довѣрителя [7]).

---

[1]) *Змирловъ*—„Недостатки“, стр. 72.

[2]) Впрочемъ есть цѣлый рядъ касс. разъясненій существа правъ и обязанностей душеприкащика; см. у *Змирлова*—l. c., стр. 77.

[3]) *Гольмстенъ*—тамъ-же стр. 4, 5—6.

[4]) *Тамъ-же*—стр. 7, 10.

[5]) *Тамъ-же*—стр. 40.

[6]) *Тамъ-же*—стр. 3; то-же *Мейеръ*—l. c., стр. 673; однако ср. 2. П. С. 3. 59412 освобожденіе отъ душеприкащичества.

[7]) *Гольмстенъ*—тамъ-же стр. 7, 8.

**3) Опекуны въ завѣщаніи.**—Мы не упомянули, что въ Инструкціи Магистратамъ, а потомъ въ Учрежденіи о губерніяхъ родителямъ позволено назначить въ завѣщаніяхъ опекуновъ [1]). Сдѣлано это нами потому, что сказать о самомъ назначеніи было-бы больше и нечего. Равнымъ образомъ и для древности извѣстія кратки, но положительны: есть нѣсколько примѣровъ назначенія опекуновъ въ завѣщаніяхъ (устныхъ и письменныхъ) князьями, а въ духовныхъ грамотахъ иногда попадаются назначенія опекуна отцомъ, но не матерью [2]). Вообще-же эта часть содержанія завѣщанія какъ въ „духовной", такъ и въ XVIII вѣкѣ стоитъ на второмъ планѣ; такъ и по дѣйствующему закону, буквально повторяющему правила Инструкціи Магистратамъ и Учр. о Губерніяхъ [3]). Назначеніе опекуновъ всегда, слѣдовательно, могло входить въ завѣщаніе [4]) и въ этомъ смыслѣ завѣщаніе древности (актъ открытія наслѣдства) являлось понятіемъ болѣе широкимъ, нежели съ точки зрѣнія его главнаго значенія [5]). Но, говоримъ, установленіе опеки было, во 1-хъ, случайною частью завѣщанія, а кромѣ того, какъ это право признавалось за завѣщателемъ всегда одинаково, то и мало служитъ къ выясненію главной сути русскаго завѣщанія, прогрессивно измѣнявшейся.

**4) Отпускъ на волю.**—Итакъ, снова мы нашли нѣсколько правилъ Положенія и дѣйствующаго права о предметѣ завѣщанія, сходныхъ съ тѣми, которыя дѣйствовали (чаще всего какъ предпосылки указовъ на данный случай) въ XVIII вѣкѣ. Разумѣется, Положеніе еще повторяетъ [6]) прежнее разрѣшеніе увольнять крѣпостныхъ посредствомъ завѣщанія, а позже подтвержденъ „законъ, по которому запрещалось „по духовнымъ завѣщаніямъ помѣщиковъ увольнять крестьянъ въ свободные хлѣбопашцы или, какъ они наименованы въ 1848 г., въ государственные, на собственныхъ земляхъ водворенные, крестьяне, хотя бы крестьяне сіи принадлежали къ благопріобрѣтен-

---

[1]) *Неволинъ*—Ист. гражд. законовъ, т. I, стр. 412 и 432.

[2]) *Тамъ-же*—стр. 406.

[3]) X т. 1 ч., ст. 227 и слѣд.

[4]) См. у *Чичерина*—„Опыты", стр. 272.

[5]) *Нахманъ*—Ист. кодиф., стр. 156.

[6]) И позднѣе, см. зак. 1833 г. 2. П. С. 3. 6602 (дух. завѣщаніе, какъ третій родъ отпускной), зак. 1852 г. 2. П. С. 3. 26615 (отпускная на основаніи завѣщанія).

ному мнѣнію помѣщиковъ“ [1]). Но когда этотъ родъ благопріобрѣтеннаго имущества исчезъ, естественно законодательство освободилось отъ обоихъ постановленій.

**5) Размѣръ завѣщаемыхъ правъ.**—Наиболѣе интересенъ и важенъ для выясненія идеи завѣщанія вопросъ о томъ, на какихъ правахъ со времени Положенія и Свода Законовъ получаетъ наслѣдство наслѣдникъ по завѣщанія. *Права на имущество* завѣщаемое, вообще, могутъ переходить къ наслѣднику или вполнѣ, или съ нѣкоторыми ограниченіями по желанію завѣщателя. Могутъ передаваться только вещныя, или также *и обязательственныя* права. Въ древности, какъ мы знаемъ, въ завѣщаніи передавались всякія имущественныя права и всячески. Какъ же смотритъ на это Положеніе и дѣйствующее право и какое сообразно этому даетъ оно опредѣленіе завѣщанія?

Такъ какъ имущество *благопріобрѣтенное* можно завѣщать „неограниченно“, то отсюда само собою слѣдуетъ, что благопріобретенное имущество позволяется отказывать и въ полную собственность, и съ ограниченіями, вообще допускаемыми закономъ. Но самъ законъ предупредительно поясняетъ (вскорѣ за изданіемъ правила о неограниченности права завѣщать благопріобрѣтенное), что „завѣщать имущество благопріобрѣтенное можно *или* въ полную собственность, *или* же во временное владѣніе и пользованіе“ [2]), а незадолго передъ этимъ указано, что „владѣлецъ благопріобрѣтеннаго имѣнія располагаетъ имъ свободно и неограниченно, можетъ дарить и завѣщать его по собственному произволу и имѣетъ даже право силою завѣщанія обязать избраннаго имъ наслѣдника *на время жизни его* къ исполненію нѣкоторыхъ по имуществу распоряженій, каковы, напримѣръ, денежныя выдачи и т. п.“ [3]). Право обременить благопріобрѣтенное имѣніе денежными выдачами на время жизни наслѣдника выведено закономъ изъ 22 ст. Дв. Жал. Гр. (80 ст. Жал. Гр. Городамъ) [4]). Однако въ 1839 г. послѣдовало сокращеніе правъ, на которыхъ можно завѣщать благопріобрѣтенное: по смерти лица, (которому завѣщано имѣніе), когда благопріобрѣтенное имѣніе „обращается въ раз-

---

[1]) *Неволинъ*—l. c., т. Ш, стр. 331.

[2]) Х. т. 1 ч., ст. 1011.

[3]) Ст. 1011 примѣчаніе, начало; ср. ст. 1086.

[4]) См. цитаты подъ 1086 статьей.

рядъ наслѣдственныхъ, оное ни въ порядкѣ управленія ни въ порядкѣ дальнѣйшаго его перехода произволу перваго вотчинника подлежать уже не можетъ“ [1]). Таковы узаконенія о благопріобретенномъ.

Что касается *родовыхъ* имуществъ, которыхъ, по Положенію, нельзя съ пользой завѣщать въ собственность (помимо законныхъ наслѣдниковъ), то дополнительными послѣ того законами разрѣшено завѣщать ихъ въ пожизненное владѣніе пережившему супругу или супругѣ (крѣпостнымъ, или нотаріальнымъ завѣщаніемъ, или собственноручно написаннымъ и внесеннымъ на храненіе въ подлежащее присутственное мѣсто [2]). Въ единственномъ же случаѣ, когда завѣщаніе на родовое имѣетъ значеніе (завѣщаніе бездѣтнаго), дозволено отказывать свое родовое мимо прямыхъ по закону наслѣдниковъ одному изъ дальнѣйшихъ или равно близкихъ родственниковъ своихъ, но съ тѣмъ чтобы остающемуся, супругу или супругѣ была предоставлена въ вѣчное и потомственное владѣніе седьмая часть всего родоваго имѣнія, какъ переходящаго къ избранному наслѣднику, такъ и того, которое оставляется прочимъ наслѣдникамъ“ [3]). Такимъ образомъ, узаконяется необходимый выдѣлъ женѣ.

Наконецъ, хотя *заповѣдныя* имѣнія не завѣщаются, но нѣкоторыя права могутъ быть переданы и на нихъ. Именно: „для обезпеченія участи жены своей и тѣхъ изъ дѣтей, которыя не наслѣдуютъ ему (собственнику) въ семъ имѣніи, онъ можетъ постановить въ своей духовной, чтобы часть, впрочемъ не болѣе одной пятой чистаго съ имѣній, заповѣдное составляющихъ, дохода была выдаваема ежегодно вдовѣ его по день смерти, а для дѣтей посредствомъ займа доходовъ съ тѣхъ имѣній былъ составленъ и (узаконеннымъ порядкомъ) сохраненъ капиталъ, не свыше, однако-же, трехлѣтняго чистаго дохода со всего заповѣднаго имѣнія“ [4]). Это-же можетъ сдѣлать и владѣющая заповѣднымъ имѣніемъ женщина [5]), (что и само собой разумѣется, такъ какъ для женскаго пола нѣтъ ограниченій въ правахъ завѣщанія).

---

[1]) Ст. 1011 прим.
[2]) Ст. 1070.
[3]) Ст. 1068.
[4]) Ст. 1069.
[5]) *Ibidem.*

Законоположенія о родовыхъ и заповѣдныхъ имѣніяхъ вполнѣ опредѣленны: раньше мы видѣли, чего по отношенію къ нимъ не можетъ сдѣлать завѣщатель, теперь опредѣлено ясными словами закона, что̀ ему разрѣшается. Но права, на которыхъ можно завѣщать благопріобрѣтеное имущество—вызывали въ литературѣ различныя изъясненія, по нѣкоторымъ вопросамъ—разнорѣчивыя. Самые главные изъ спорныхъ пунктовъ суть слѣдующіе пять. Согласно указаннымъ правиламъ Положенія 1 Окт. 31 г., почти не измѣненнымъ съ того времени:

1) Можетъ ли быть завѣщано имѣніе благопріобретенное въ пользованіе и владѣніе, безъ указанія къ кому переходитъ (ограниченная) собственность?

2) Допускаются ли субституціонныя передачи правъ на благопріобрѣтенное?

3) Позволяется ли завѣщать подъ условіями?

4) Какъ велики могутъ быть выдѣлы, назначаемые въ завѣщаніи?

5) Въ какомъ отношеніи находятся права надѣленныхъ въ завѣщаніи къ правамъ наслѣдника по завѣщанію?

*а) Отдѣльное пользованіе.*—Четыре первые вопроса разрѣшаются довольно просто на основаніи приведенныхъ выше узаконеній. По буквальному и ясному смыслу ст. 1011 завѣщать благопріобрѣтенное имущество можно *или* въ полную собственность, *или-же* во временное владѣніе и пользованіе (т. е. безъ права распоряженія). Законченная редакція статьи не оставляетъ сомнѣнія въ томъ, что законодательство разрѣшаетъ завѣщать благопріобрѣтенное въ пользованіе и владѣніе, безъ всякихъ добавочныхъ указаній о томъ, кому переходитъ ограниченная выдѣленнымъ узуфруктомъ собственность [1]). Но такъ какъ, съ одной стороны, гражданскій оборотъ не можетъ терпѣть, чтобы имущество оставалось хоть одно мгновеніе безхозяйнымъ [2]), а съ другой стороны, законъ опредѣляетъ, что со смертью

[1]) По мнѣнію *Змирлова*, разъ завѣщатель ограничиваетъ право распоряженія наслѣдника—онъ долженъ указать въ чью пользу онъ назначаетъ его, ибо „право отношенія должны всецѣло перейти“ („Недостатки“, стр. 63, ср. стр. 66—67). Но правоотношенія перейдутъ все цѣло и безъ этого (см. ниже).

[2]) Однако въ 1863 г. (2. П. С. 3. 41605) по д. Варгина утверждено завѣщаніе, въ которомъ „по способу пользованія, придуманному въ завѣщаніи, имущество, *не переходя никому въ собственность*, должно было доставлять доходъ всѣмъ наслѣдникамъ, и такое завѣщаніе признано согласнымъ съ 1010 ст. X т. 1 ч.

лица его законные наслѣдники воспринимаютъ всю совокупность принадлежащихъ наслѣдодателю правъ [1]); то къ нимъ, и безъ оговорокъ въ завѣщаніи, переходитъ всякое право имеппо не исключенное этимъ завѣщаніемъ [2]). Слѣдовательно, ограниченная узуфруктомъ собственность съ существенной своей частью—правомъ распоряженія перейдетъ къ наслѣдникамъ по закону [3]), которые и могутъ распоряжаться имѣніемъ на столько, насколько это не нарушаетъ правъ временнаго владѣльца [4]). Самыя же права владѣльца ст. 1011 опредѣляетъ точно: сверхъ владѣнія ему принадлежитъ пользованіе имуществомъ; но все, что имѣетъ видъ распоряженія, должно считаться превышающимъ его власть надъ имѣніемъ, такъ какъ по закону объемъ его правъ опредѣляется тѣмъ самымъ актомъ, коимъ владѣніе установлено [5]). Положимъ не во всемъ законодательствѣ выдержанъ этотъ здравый взглядъ 514 ст. [6]), согласной и съ Псковской Судной Грамотой.

*б) Субституціи.*—Къ вопросу о субституціи относится, главнымъ образомъ, ст. 1011 съ примѣчаніемъ и с. 1086 [7]). Примѣчаніе къ 1011 ст. отличаетъ распоряженія завѣщателя о *выдѣлахъ* на время жизни наслѣдника отъ распоряженій завѣщателя о порядкѣ управленія и *перехода* имущества послѣ смерти наслѣдника *когда имѣніе уже стало* (по словамъ закона [8]) *наслѣдственнымъ*; это важно. Законъ взялъ невѣрное основаніе для подкрѣпленія того, что имъ высказано: имѣніе еще не стало наслѣдственнымъ, пока не перешло къ законнымъ наслѣдникамъ—пусть такъ, но *давая правило о субституціи законъ исходилъ изъ своей невѣрной посылки.* А принявъ ее во вниманіе, нетрудно удовлетворительно истолковать ст. 1011 и примѣчаніе къ ней: на случай когда то, что завѣщано, уже стало наслѣдственнымъ, *то есть наслѣдникъ по завѣщанію воспользовался имъ,*—подназначеніе ему лица, къ которому должно перейти имуще-

[1]) Х. т. 1 ч. ст. 1104 ср. ст. 1110.
[2]) *Думашевскій* въ Суд. Вѣст. 1868 г. № 274.
[3]) Х. т. 1 ч. ст. 514.
[4]) Ст. 521.
[5]) Ст. 514.
[6]) См. у *Змирлова*—„Недостатки", стр. 65—67.
[7]) *Моисеенко*—О субституціи, стр. 12.
[8]) Ср. *Побѣдоносцевъ*—Курсъ, т. II.

ство послѣ его смерти, не допускается; но, a contrario, пока имѣніе не стало наслѣдственнымъ, *то есть* (по невѣрной мысли закона) *пока наслѣдникъ не воспользовался имъ* (напр. вслѣдствіе смерти) сдѣланное *подназначеніе дѣйствительно.* Такой выводъ о дозволеніи простой субституціи дѣлался [1]) и другимъ путемъ: составить новое завѣщаніе въ случаѣ смерти лица назначеннаго въ наслѣдники, не запрещается; но оговорка въ завѣщаніи о подназначеніи на случай неосуществленія наслѣдникомъ правъ по завѣщанію собственно ни чѣмъ не разнится отъ составленія новаго завѣщанія [2]).

Ст. 1086 говоритъ о выдѣлахъ; но, при спорности правъ русскихъ легатаровъ, можетъ быть, по мнѣнію нѣкоторыхъ, истолкована и въ смыслѣ, нормирующемъ субституціы. Однако она, въ согласіи съ 1011 ст. и примѣч., разрѣшаетъ выдѣлы только *на время жизни наслѣдника,* субституція же всегда относится по времени послѣ его смерти.

Итакъ, законы о завѣщаніяхъ признаютъ простую субституцію, но не общую [3]), которая уничтожена и въ распоряженіяхъ Лопухиной. Такъ какъ здѣсь нужно было выяснить не самую субституцію, а то, можетъ ли завѣщатель установить ее въ завѣщаніи непосредственно, то можно пройти молчаніемъ способы посредственнаго установленія субституціи; изъ нихъ черезъ владѣніе ее можно выполнить совершенно въ предѣлахъ закона. Подъ названіемъ владѣнія можно предать почти полное право собственности [4]). А разъ имущество завѣщается одному въ собственность, а другому во владѣніе (право на такое завѣщаніе можетъ быть, съ натяжками, выведено изъ 1011 ст. [5]), то для собственника, послѣ смерти владѣльца, получитъ силу нѣчто вродѣ субституціи.

*в) Условія и уговоры.*—Выдѣлъ изъ благопріобрѣтеннаго имѣнія, допускаемый ст. 1086, можетъ считаться установленіемъ аналогич-

---

[1]) *Моисеенко*—l. c. стр. 14.

[2]) *Ibid.*

[3]) *Никольскій*—Объ основныхъ моментахъ, стр. 171; *Побѣдоносцевъ*—Опытъ юридич. комментарія, стр. 71; *Гриневичъ*—О субституціи, стр. 22, 23, 12.

[4]) Доказательства у *Моисеенки*—l. c. стр. 38, 44, 35, 47; *Змирловъ*—l. c. стр. 65

[5]) Ибо по буквальному смыслу 1011 ст. такъ завѣщать нельзя, сл. *Змирловъ*—l. c. стр. 83—84; однако З. П. С. З. 972 (Полож. о пошлинахъ съ безм. перех. имуществъ) п. 4 предусматриваетъ случай, „когда имущество переходитъ къ одному лицу въ собственность, а къ другому въ пожизненное владѣніе.“

нымъ римскому modus (уговоръ), въ виду того, что русскіе законы возлагаютъ выдачи на наслѣдниковъ, какъ на исполнителей воли завѣщателей [1]); статья 1086 имѣетъ тотъ же смыслъ. Наслѣдникъ отказывающійся исполнить распоряженія завѣщателя на счетъ выдѣла, нарушаетъ права, санкціотированныя совершенно одинаково съ получаемыми имъ самимъ: правоотношенія по наслѣдованію и по выдѣламъ одинаково установлены волею завѣщателя, слѣдовательно, обязательность выполненія ихъ одинакова, и наслѣдникъ, не дѣлающій назначенныхъ выдѣловъ, возстаетъ вмѣстѣ съ тѣмъ и противъ собственныхъ правъ. Итакъ, выдѣлы обязательны *одинаково* съ правами наслѣдованія имуществъ по завѣщанію; а потому только подъ условіемъ выдачи назначенныхъ имуществъ лицамъ надѣленнымъ въ завѣщаніи, наслѣдникъ и вправѣ наслѣдовать. Само собою разумѣется, что на практикѣ есть средство принудить наслѣдника къ выдѣлу установленнаго; но это къ понятію выдѣла не прибавляетъ ничего новаго. Онъ аналогиченъ уговору.

Условія въ собственномъ смыслѣ не нормируются закономъ. Только по „общему духу законовъ“ можно признать ихъ дозволенными [2]).

*г) Величина выдѣла.*—Законъ не ограничиваетъ точно размѣра допускаемаго имъ выдѣла. Какъ на примѣръ онъ указываетъ на *денежную* выдачу. Но примѣръ не правило; поэтому выдѣлъ можетъ быть назначенъ также изъ недвижимости и изъ другихъ видовъ движимости. Законъ требуетъ только, чтобы это были „*нѣкоторыя* по имуществу распоряженія“, давая понять этимъ, что вся наличность не можетъ быть роздана по отказамъ; можно дѣлать только выдачи „соединенныя съ утратою изъ имущество большей или меньшей *части*“, но не всего имущества. Впрочемъ, понятія „большей или меньшей части“ и нѣкоторыхъ по имуществу распоряженій слишкомъ растяжимы и подъ нихъ подойдетъ очень широкое право назначенія выдѣловъ [3]).

[1]) Ср. *Анненковъ*—Отказы по завѣщанію, стр. 27.

[2]) *Побѣдоносцевъ*—Курсъ II, стр. 583; *Змирловъ*—„Недостатки“, стр. 68; Ср. *Мейера*—Рус. Гражд. право, стр. 750, 751.

[3]) Ср. 2. II. С. 3. 7616; о желательномъ ограниченіи права выдѣловъ см. у *Азаревича*.—„Свобода и ограниченіе завѣщаній“, стр. III.

*д) Права надѣленнаго.*—Но, даже при полученіи самой большой выдачи, отвѣчаетъ-ли надѣленный за долги завѣщателя, или не отвѣчаетъ, какъ было въ древности? Такъ какъ прямыхъ указаній законъ не даетъ, то узнать это можно лишь косвенно, помощью сравненія съ правами самого наслѣдника по русскому завѣщанію и его обязанностями по выплатѣ долговъ. Но они намъ еще не извѣстны, слѣдовательно, сначала нужно ихъ опредѣлить.

## § 13. ПОНЯТІЕ ЗАВѢЩАНІЯ ПО ДѢЙСТВУЮЩЕМУ ПРАВУ.

**1) Права наслѣдника по завѣщанію.**—Очень немного имѣется въ законѣ постановленій, на основаніи которыхъ можно начертать кругъ правъ, переходящихъ къ наслѣднику по завѣщанію; только переходъ вещныхъ правъ регламентированъ, какъ мы видѣли, съ достаточною подробностью согласно цѣли закона: поддержать различіе между благопріобрѣтенными имуществами и родовыми. Благодаря этому, юридическая природа завѣщанія по теперешнимъ законамъ довольно спорна и нынѣ. Главнѣйше только одна статья законовъ о завѣщаніяхъ можетъ и должна бы заключать въ себѣ искомое [1]). Разумѣемъ 1010 ст. X т. 1 ч., дающую опредѣленіе завѣщанія. „Духовное завѣщаніе есть законное объявленіе воли владѣльца о его имуществѣ на случай его смерти“. По первому взгляду, „въ ст. 1010 показано только главное, существенное содержаніе духовнаго завѣщанія, которое, за исключеніемъ распоряженій не имѣющихъ юридической силы, сводится къ распоряженію имуществомъ“ [2]). Детальнѣе разъясняетъ г. Побѣдоносцевъ и другіе.

Въ словахъ „на случай смерти“ указывается, что „не ранѣе какъ со смерти завѣщателя завѣщаніе пріобрѣтаетъ силу и дѣйствіе; ранѣе этого момента наслѣдникъ не пріобрѣтаетъ даже условнаго ожидаемаго права“ [3]). Дѣйствительно, въ этой посмертности дѣйствія, болѣе наглядный отличительный признакъ завѣщанія сравнительно

[1]) *Змирловъ* (l. c. стр 53) констатируетъ отсутствіе всякихъ указаній въ законѣ на юридическую природу перехода имуществъ по завѣщанію.

[2]) *Пахманъ*—Истор. кодифик. т. II стр. 180.

[3]) *Побѣдоносцевъ*—Опытъ юридическаго комментарія, стр. 53; „безсиліе до момента смерти завѣщателя — внутренній характерный признакъ завѣщанія“, *Змирловъ*—l. c. стр. 79.

съ (обыкновеннымъ) дареніемъ. Такъ разсудили и въ 1827 году. Въ полномъ согласіи съ этимъ находится и 1 ч. 991 с., разграничивающая признаки дарепія и завѣщанія: „духовныя завѣщанія, коими имѣніе при жизни владѣльца укрѣпляется за другими лицами безповоротно, должны быть признаваемы дарственными записями".—Далѣе, „объявленіе воли", непуждающееся ни въ какой сдѣлкѣ съ волею того лица, на которое простирается актъ, указываетъ, что завѣщаніе есть актъ односторонній. Этимъ оно отличается отъ контракта [1]).—Въ словѣ „законное" заключены въ сжатомъ видѣ тѣ постановленія закона, которыми завѣщаніе регламентируется съ формальной стороны и со стороны его наличнаго содержанія, а также со стороны требуемыхъ правоспособностей къ этому акту, т. е. все то, надъ чѣмъ приходится раздумывать въ каждомъ конкретномъ случаѣ частью нотаріальной, частью судебной власти при явкѣ и утвержденіи завѣщаній [2]). Наконецъ, въ особенности повторяется, что завѣщатель долженъ быть „владѣльцемъ" (собственникомъ, по нормальному словоупотребленію).—Ясно, что владѣлецъ дѣлаетъ въ завѣщаніи распоряженія только „о его" имуществѣ; собственнымъ своимъ имуществомъ распоряжается.

Со всѣмъ этимъ трудно не согласиться: законъ достаточно понятенъ и не требуетъ отступленій отъ буквальнаго смысла.

*а*) „*Имущество*".—Но каково содержаніе термина „имущество", употребленнаго въ 1010 ст.? Объ этомъ еще можно спорить. Прежде всего видятъ въ немъ подразумѣваемыя (ибо буквально—имущество есть вещь) и права на дѣйствія, и говорятъ: „всякое право, принадлежащее мнѣ, поколику (?) оно не прекращается съ моею смертію, составляетъ мое имущество, которымъ я могу распорядиться въ законныхъ границахъ на случай смерти" [3]). Такъ что въ завѣщаніи и по русскому праву могутъ перейти нѣкоторыя исковыя права и требованія по обязательствамъ—весь активъ завѣщаемаго. Даже допустивши это, все таки не видно, чтобы подъ *имуществомъ* (то, что я имѣю)

---

[1]) *Побѣдоносцевъ*—тамъ-же стр. 52; *Свитичъ* l. c. стр. 193. Въ этой односторонности Побѣдоносцевъ (l. c. стр. 54) находитъ отличіе завѣщанія также и отъ дарепія.

[2]) *Шимановскій*—О явкѣ, стр. 30.

[3]) *Побѣдоносцевъ*—Опытъ комментарія, стр. 53.

разумѣлись и долги (то, что на мнѣ имѣютъ другіе—чего я не имѣю [1]) Но, если долги не переходятъ по завѣщанію, то наслѣдникъ не воспринимаетъ всей совокупности имущественныхъ правъ завѣщателя, не есть его преемникъ, заступатель его „имущественной личности“; говоря вмѣстѣ съ Никольскимъ, наслѣдникъ по завѣщанію есть тогда „преемникъ имущества—одаренный завѣщателемъ, но не представитель его лица“ [2]). Мнѣніе обратное поддерживается проф. Демченко, который полагаетъ, что завѣщаніе и у насъ можетъ содержать назначеніе полныхъ преемниковъ въ противоположность лицамъ, получающимъ отдѣльныя выдачи; эти послѣднія обременяютъ наслѣдство и имѣютъ посредственный характеръ: исходятъ не прямо отъ самого наслѣдодателя, а черезъ посредство его полнаго преемника—наслѣдника [3]).

Итакъ, истинный взглядъ на современное духовное завѣщаніе по русскому закону зависитъ отъ того, насколько можетъ быть доказанъ или опровергнутъ переходъ на наслѣдника по завѣщанію долговъ наслѣдодателя. Прежде разсмотрѣнія доводовъ за и противъ (они не столь многочисленны) не мѣшаетъ обратиться къ источнику 1010 ст. и съ его помощью опредѣлить, что̀ именно желало выразить законодательство своимъ, во всякомъ случаѣ неяснымъ, терминомъ „имущество“.

*б) Источники ст. 1010.*—Статья 1010 не выдумана ея редакторами заново, она взята изъ трехъ прежнихъ узаконеній: 1) изъ знаменитаго закона 1679 г.; 2) изъ указа 1814 г., въ которомъ объяснено, что завѣщаніе „не есть актъ или какое либо обязательство, а одно изъявленіе воли, долженствующее воспринять силу по смерти завѣщателя“; „по симъ уваженіямъ,... основаннымъ... на существѣ законовъ“ и отмѣнено тогда одно завѣщаніе [4]). 3) Третьимъ источникомъ статьи былъ сенатскій указъ 1816 г. по д. Палибиной гдѣ повторенъ выводъ, сдѣланный и въ предыдущемъ указѣ, о правѣ завѣщателя отмѣнить завѣщаніе, такъ какъ оно не есть крѣпость [5]).

---

[1]) „Долговыя имущества“ возможны только въ смыслѣ требованій намъ принадлежащихъ (X т. 1 ч. ст. 402, 418, 419); долгъ-же, обременяя наслѣдство, составляетъ не имущество, а вычетъ изъ него; кас. рѣш. 83 г. № 64—т. X въ изд. *Гаупера*, стр. 100).

[2]) „Объ основныхъ моментахъ наслѣдованія“, стр. 80—81.

[3]) „Существо наслѣдства“, стр. 23, 24.

[4]) П. С. З. 25704.

[5]) П. С. З. 26434.

Оба послѣдніе частные закона, очевидно дали обобщеніе касательно „объявленія воли“, „о его“ имуществѣ и „на случай смерти“; быть можетъ и „законное“ выросло изъ этихъ же указовъ. Но только зак. 1679 г. могъ послужить основаніемъ той мысли, которая выразилась въ словѣ „имущество“. Между тѣмъ, развѣ самъ зак. 1679 г., законы современные ему, предыдущіе и послѣдующіе до Свода подразумѣвали или нормировали переходъ долговъ по духовному завѣщанію? Выше мы пытались, быть можетъ не совсѣмъ безуспѣшно, показать, что до времени Петра законы никакъ не высказались по этому вопросу—это во всякомъ случаѣ, но что скорѣй они склонны были считать духовное завѣщаніе актомъ посмертнаго безмезднаго отчужденія имущества, а позднѣе указовъ Петра В.—актомъ дарственнаго характера, не болѣе. Поэтому не повторяя сказаннаго, мы изъ смысла до-петровскихъ узаконеній вообще и закона 1679 г. въ частности дѣлаемъ такой выводъ: *редакторы 1010 ст. не могли, идя послѣдовательно, вывести изъ указанныхъ ими источниковъ понятія о переходѣ на наслѣдника по завѣщанію, подъ прикрытіемъ термина „имущество“, долговъ наслѣдодателя.*

Но этого мало: мы должны доказать, что они и не хотѣли дать такого смысла спорному термину и всей статьѣ. Составители 1010 статьи должны были, конечно, не упускать изъ виду того, какъ современное имъ законодательство смотрѣло на духовное завѣщаніе. Но въ немъ нельзя было отыскать ничего о переходѣ долговъ по духовному завѣщанію: въ казуальныхъ законахъ завѣщаніе являлось уже дарственною записью, а наканунѣ Пол. 1 Окт. и Св. Законовъ только посмертностью отличалось отъ этой послѣдней. Раньше такъ было не только по частнымъ указамъ, но и, не многіе, общіе законы не давали возможности считать, что по завѣщанію переходятъ и долги; тѣмъ болѣе это не признавалось въ началѣ XIX в. Говоримъ, такое направленіе законовъ не могло не оказать вліянія на составителей 1010 ст.: или они хотѣли стать въ оппозицію съ законами? Мы приберегли законъ, который, повидимому, носитъ другую окраску, но въ концѣ концовъ только подтверждаетъ защищаемый взглядъ тогдашняго законодательства. Это ук. 1817 г. [1]). Долгорукимъ въ духовномъ завѣщаніи былъ признанъ долгъ въ 50,000 р., занятыхъ имъ

[1]) П. С. З. 17163.

у одного лица на честное слово. Такое сознаніе долга не отвергнуто, а признано подлежащимъ выполненію. Долгъ по завѣщанію признанъ законодателемъ: казалось бы ясно, что долгъ переходитъ на наслѣдника по завѣщанію по крайней мѣрѣ въ томъ случаѣ, когда, какъ въ древности, завѣщатель о немъ упоминаетъ и когда это упоминаніе, какъ въ разбираемомъ случаѣ, признается достаточнымъ доказательствомъ существованія долга. Но, если вникнуть въ обстоятельства дѣла Долгорукаго, то оно представится совсѣмъ въ другомъ свѣтѣ. Встрѣтилось завѣщаніе съ признаніемъ долга. Разъ этому признанію повѣрили и долги переходятъ на наслѣдника по завѣщанію, слѣдуетъ безъ дальнихъ разговоровъ утвердить завѣщаніе. Но что-же случилось: духовное завѣщаніе попадаетъ въ Гос. Сов., тамъ дебатируется и только шесть членовъ признаютъ долгъ обязательнымъ къ переходу на наслѣдника. Высочайшая резолюція согласилась съ мнѣніемъ этихъ шести членовъ. Намъ кажется несомнѣннымъ, что это Высочайше утвержденное М. Г. Совѣта было закономъ совершенно исключительнымъ, который по нѣкоторымъ причинамъ даже пошелъ противъ господствующаго взгляда законодательства. Сами составители 1010 ст. сочли его таковымъ, не указавъ въ числѣ ея источниковъ. Сверхъ всего, это единственный законъ, прямо говорившій о долгахъ по духовному завѣщанію, да и то о долгахъ признанныхъ въ завѣщаніи, а чтобы доказать переходъ долговъ по завѣщанію въ смыслѣ 1010 статьи нужно было бы отыскать такой законъ, гдѣ долгъ повелѣно считать переходящимъ по духовной подразумѣваемо, вмѣстѣ съ наличными имущественными правами.

Указавъ для 1010 ст. такіе источники, которые не узаконяютъ и не подразумѣваютъ перехода долговъ по завѣщанію, не желая при томъ вносить въ законъ новшества и становиться въ противорѣчіе съ дѣйствующимъ правомъ, редакторы 1010 ст. не могли и желать, чтобы терминъ „имущество“ понимался въ смыслѣ имущественной цѣлости, „всей совокупности имущественныхъ правъ и обязательствъ“, однимъ словомъ,—въ смыслѣ наслѣдства по 1104 ст. [1]), взятой изъ извѣстнаго [2]) составителемъ 1010 ст. указа 1827 года.

---

[1]) Любопытныя соображенія объ измѣненіи отвѣтственности за долги наслѣдователя см. въ статьѣ *Юриста-Практика*—„Желательныя измѣненія въ русскомъ наслѣдственномъ правѣ“, Суд. Газ. 1892 г. № 7.

[2]) *Никольскій*—„Объ основныхъ моментахъ“, стр. 82—83.

Итакъ, мы думаемъ, что *въ моментъ возникновенія ст. 1010 говорили только о наличномъ имуществѣ*[1]) *и ни о чемъ другомъ не могла говорить.* Появленіе ея въ Св. Законовъ было окружено цѣлой плеядой узаконеній о правоспособности завѣщателя, объ ограниченіяхъ по вещамъ завѣщаемымъ, о правоспособности наслѣдника по завѣщанію—и всѣ эти узаконенія исходили изъ начала, что завѣщаніе есть актъ отчужденія имуществъ: завѣщатель долженъ быть правоспособенъ *отчуждать имущество*, имущество должно быть *способно къ отчужденію*, наслѣдникъ д. б. *правоспособенъ ко владѣнію* имуществомъ или хотя бы къ *полученію имуществъ* по завѣщанію. Вся формальная сторона завѣщаній ихъ совершеніе, утвержденіе и проч.—желали оградить съ возможной полнотой несомнѣнность *выраженія воли владѣльца о его имуществѣ.* Храненіе имѣетъ ту же цѣль. Законы объ исполненіи завѣщаній направлены единственно къ тому, чтобы нормировать переходъ имуществъ наличныхъ и во многихъ случаяхъ устанавливаютъ добавочныя формальности, ради осуществленія *имущественной стороны завѣщанія.* Особенные порядки завѣщанія не убавляютъ ничего изъ такого характера *завѣщанія, какъ акта отчужденія имуществъ на случай смерти.* Тѣсная связь цѣли формальностей XVIII—и XIX вѣковъ, основное сходство личныхъ и вещныхъ ограниченій за тѣ же вѣка, даютъ нѣкоторую увѣренность ожидать неизмѣнности и въ существѣ завѣщанія. Ожиданіе не оказывается напраснымъ. Изъ самой 1010 ст., изъ ея источниковъ и общаго хода развитія завѣщаній до Св. Законовъ мы заключаемъ, что дѣйствующее право имѣетъ въ виду такое же дарственное завѣщаніе, которое росло, сначала незамѣтно, еще въ XVII в. и ранѣе, все болѣе крѣпло въ XVIII в., въ началѣ XIX в. вступило въ періодъ полной зрѣлости, а заключившись въ опредѣленіе, даваемое 1010 ст., просуществовало и до нашихъ дней.

*в*) *Возраженія.*—Но опредѣленіе завѣщанія есть лишь одна изъ статей Св. Зак., въ которомъ ихъ тысячи. Ея положеніе и соотношеніе съ другими статьями (хотя бы только X т. 1 ч.) быть можетъ выясняетъ, что наслѣдованіе по закону и теперь не шире по русскому праву, нежели наслѣдованіе по завѣщанію, что завѣщательное

[1]) *Кранихфельдъ*, не колеблясь, считаетъ завѣщаніе „актомъ отчужденія имуществъ на опредѣленные закономъ случаи",—„Начертаніе", стр. 158.

наслѣдованіе равнозначительно законному. Въ такомъ случаѣ въ завѣщаніи подразумѣваемо переходятъ на наслѣдника и долги, какъ законный элементъ наслѣдства.

Въ самомъ дѣлѣ, изъ указанныхъ данныхъ есть возможность получить нѣсколько аргументовъ за и противъ дарственнаго характера теперешняго русскаго духовнаго завѣщанія. Ими пользуются въ литературѣ [1]) защитника противоположныхъ взглядовъ на завѣщаніе по русскому праву.

*α) Мѣсто завѣщанія въ Сводѣ.*—Въ подтвержденіе дарственнаго [2]) характера завѣщанія обращаютъ вниманіе на мѣсто, отведенное въ Сводѣ духовнымъ завѣщаніямъ. Въ то время какъ наслѣдство по закону занимаетъ особый раздѣлъ, духовныя завѣщанія составляютъ одну изъ главъ раздѣла; при томъ, они включены въ раздѣлъ о дарственномъ или безмездномъ пріобрѣтеніи правъ на имущество [3]) и поставлены наряду съ дареніемъ (гл. II), приданымъ (гл. V). На это можно возразить, что система X т. невѣрна, что она не всегда выдержана [4]). Но возраженіемъ не обезсиливается отнесеніе завѣщаній къ дарственнымъ актамъ: зачѣмъ-же нибудь да непомѣщены они въ раздѣлѣ о наслѣдствѣ; пусть это отнесеніе къ актамъ пріобрѣтенія сдѣлано по образцу иностранному [5])—и тогда надо признать, что онъ показался редакторомъ Свода подходящимъ; они значитъ не видѣли сходства завѣщательнаго наслѣдованія съ законнымъ, по русскимъ законамъ.

За то на это сходство указываютъ: во 1-хъ терминологія, во 2-хъ одинаковый порядовъ ввода во владѣніе, при томъ и другомъ порядкѣ наслѣдованія.

*β) Терминологія.*—Въ X т. нерѣдко употребляются выраженіе наслѣдникъ по завѣщанію [6]). Отсюда заключаютъ, что наслѣдникъ по завѣщанію равноправенъ наслѣднику по закону, наслѣдство по завѣщанію равняется законному наслѣдству. Но значительная источность

---

[1]) Ср. особенно *Никольскаго*—l. c. стр. 85 и слѣд.

[2]) *Никольскій*: „безмезднаго, однако не дарственнаго"—l. c. стр. 85.

[3]) См. примѣч. къ 699 ст. X т. 1 ч.; *Змирловъ*—l. c. стр. 78.

[4]) Объ этомъ см. *Змирлова*—тамъ-же стр. 54 и *Маркова*—l. cit.

[5]) *Пахманъ*—Исторія кадификаціи, т. II стр. 156.

[6]) X т. 1 ч. ст. 1084, 1300 и другія.

выраженій наблюдается въ X т. и вообще, а въ частности слова „наслѣдникъ по завѣщанію“, „наслѣдство по завѣщанію“ не имѣютъ твердо установившагося смысла. Здѣсь то-же, что въ общежитіи: „по неопредѣлительности закона ...у насъ.. говорится: такому то отказано имѣніе—въ смыслѣ полнаго наслѣдства ...и говорится съ другой стороны: такой то завѣщатель оставилъ такому то лицу въ наслѣдство свою библіотеку, золотую табакерку въ смыслѣ легата“ [1]). Поэтому, какъ бы часто законъ ни говорилъ о наслѣдствѣ по завѣщанію и наслѣдникѣ по завѣщанію, все таки мы не могли бы быть убѣждены въ томъ, что онъ разумѣетъ древне-русскій объемъ наслѣдства по завѣщанію—„домъ“, а не отказъ имущества, „сстатка“, какъ то дѣлала мать-вдова по Р. Правдѣ. Терминъ „наслѣдникъ по завѣщанію“ употреблялся съ легкой руки Петра В. и въ прошломъ вѣкѣ и тѣмъ не менѣе изъ законовъ того вѣка не видно, что бы наслѣдству по завѣщанію придавалось древне-русское значеніе, временно возстановленное указомъ 1714 г. о единонаслѣдіи.

γ) *Вводъ во владѣніе.*—Одинаковый вводъ во владѣніе равнымъ образомъ не удостовѣряетъ въ тождествѣ завѣщательнаго и законнаго наслѣдованія. Тотъ и другой вводъ установлены для времени посмертнаго, когда оба рода наслѣдниковъ могутъ стать во взаимоотношеніе, напримѣръ, по отвѣтственности законныхъ наслѣдниковъ въ доходахъ, въ управленіи имѣніемъ до опредѣленнаго закономъ времени [2]). Вводъ во владѣніе по завѣщанію и по закону относится не къ наслѣдству, а касается *имуществъ* наслѣдуемыхъ; съ этой же стороны различія между двумя порядками наслѣдованія—въ виду посмертности ихъ обоихъ—не будетъ: въ обоихъ случаяхъ по смерти завѣщателя наслѣдники получаютъ нѣкоторыя имущества. Поэтому и вводъ во владѣніе производится по общимъ правиламъ для наслѣдства установленнымъ, но вовсе не по причинѣ сходства того и другаго порядка наслѣдованія.

Сказаннымъ исчерпываются главнѣйшія возраженія противъ дарственности завѣщанія, извлекаемыя изъ законовъ гражданскихъ вообще. Ихъ нельзя признать достаточно сильными для ниспроверженія нашихъ выводовъ. Итакъ, согласно стѣтьямъ X т. 1 ч. наслѣдство

---

[1]) *Побѣдоносцевъ*—Курсъ гражданскаго права, т. II стр. 565.

[2]) X т. 1 ч. ст. 1300; также ст. 1301 и 1302.

по завѣщанію *съ одной стороны отлично отъ наслѣдства законнаго и относно къ дару, съ другой—сходство обоихъ порядковъ наслѣдованія не подтверждается.*

б) *Теоретическое возраженіе.*—Выставляютъ еще теоретическое возраженіе. Г. Побѣдоносцевъ говоритъ: „однако, если и невыработалось еще точныхъ терминахъ, все-же необходимо различать понятія“ и за тѣмъ изъясняетъ отличіе наслѣдства отъ легата [1]). А такъ какъ г. Побѣдоносцевъ желаетъ доказать, что долги переходятъ по завѣщанію, но въ то же время по собственному его признанію, законы неопредѣлительны, то и констатируется необходимость „обращаться къ анализу отношеній и прибѣгать къ помощи общихъ началъ теоріи“ [2]). А (съ логическимъ пособничествомъ началъ теоріи) „нельзя не признать существенной аналогіи между завѣщательнымъ и законнымъ наслѣдствомъ и по указаніямъ этой аналогіи нельзя не искать разрѣшенія отдѣльныхъ вопросовъ относительно принадлежностей и послѣдствій завѣщательнаго перехода“ [3]). И такъ, хотя очень многое говоритъ противъ, но по указаніямъ теоріи въ частныхъ вопросахъ (напр., на практикѣ) нужно допустить переходъ долговъ [4]). Не будемъ противъ этого спорить, но все-же въ *законѣ* не видно перехода долговъ, и *по праву* онъ не существуетъ.

2). **Наслѣдникъ и легатаръ.**—Мнѣніе Побѣдоносцева о томъ, что „завѣщаніе наше по коренному своему значенію есть духовная память кому что *дать* и на комъ что взять, предсмертный актъ, въ которомъ владѣлецъ на случай смерти устраиваетъ дѣла и *распоряжается имуществомъ*“ [5]), также не вполнѣ правильно: законъ уполномочиваетъ считать завѣщаніе актомъ распоряженія имуществомъ, но устраиваніе дѣлъ, кому что дать—снова прибавлено къ смыслу закона теоріей и аналогіей, послѣ чего и выходитъ, что хотя законъ считаетъ наслѣдника и легатора—одинаково лицами одаренными на случай смерти, „такъ какъ формальнаго различія между назначеніемъ наслѣдства и отдѣльными отказами не было никогда установлено“ [6]), тѣмъ не менѣе

---

[1]) Курсъ, II стр. 575.

[2]) Курсъ, т. II стр. 558,

[3]) *Тамъ-же*—стр. 557.

[4]) О примѣненіи (судами) общихъ началъ теоріи вѣрный взглядъ высказанъ *Цитовичемъ*—Курсъ гражд. права, вып. I.

[5]) *Побѣдоносцевъ*—Курсъ, II стр. 557.

[6]) *Ibid.*

наслѣдникъ долженъ платить долги, а надѣленный—нѣтъ [1]). На самомъ же дѣлѣ (и этимъ разрѣшается поставленный выше вопросъ объ отношеніи правъ легатара къ правамъ наслѣдника по теперешнему завѣщанію) права ихъ равнозначительны, а слѣдовательно и обязанности тоже. Если-же, какъ полагалъ и Кавелинъ, „легаты въ Сводѣ не отличены отъ назначенія наслѣдниковъ“ [2]), то мы вынуждаемся признать, что надѣленныя въ завѣщаніи лица (легатары), какъ и наслѣдники по завѣщанію, у насъ одинаково вправѣ не отвѣчать за долги завѣщателя [3]), хотя, теоретически, выдачи „могутъ сопровождаться переходомъ не только актива, но и пассива наслѣдства, т. е. наслѣдственныхъ долговъ“ [4]).

**Ст. 991ч. 2.**—Но, чтобы окончательно убѣдиться въ томъ, что между современнымъ завѣщаніемъ по закону и дареніемъ на случай смерти не существуетъ правомѣрнаго различія, выпишемъ 2-ю ч. 991 ст. „Дарственныя записи, посредствомъ коихъ имущество должно поступить въ другое владѣніе не при жизни, но послѣ смерти дарителя, принадлежатъ *по существу* своему къ актамъ завѣщательнымъ“. Единственнымъ отличительнымъ признакомъ завѣщанія законъ выставляетъ посмертность силы завѣщанія; но, когда дѣлается дареніе на случай смерти, и эта черта несходства отпадаетъ и завѣщательный актъ совершенно отождествляется съ дарственнымъ. Такое дарственное завѣщаніе теперь уже состарѣлось: въ практикѣ завѣщательное наслѣдствованіе приравнивается законному и долги считаются переходящими къ наслѣднику по завѣщанію, какъ и къ наслѣднику по закону [5]); такъ гласятъ сенатскія разъясненія [6]). Вслѣдствіе этого вполнѣ наслѣдовательно кассаціонное рѣшеніе, постановившее: „по

---

[1]) *Побѣдоносцевъ*—Курсъ, II стр. 633.

[2]) *Кавелинъ*—Права и обязанности, стр. 395; обратно *Мейеръ*—Рус. гр. право, стр. 751.

[3]) О практической важности вопроса объ отвѣтственности легаторовъ за долги и мнѣніе судебной практики см. у *Мейера*—Русское гражданское право стр. 752 и сл. и *Побѣдоносцева*—Курсъ гражданскаго права т. II, стр. 634 и сл.

[4]) *Демченко*—„Существо наслѣдства и призваніе къ наслѣдованію по русскому праву“, стр. 25.

[5]) При этомъ выступаетъ наглядно, насколько неудачно редактирована ст. 1010 см. *Маркова*—l. c. № 210.

[6]) К. р. 80 г. № 70; к. р. 81 г. № 62 (*Гаугеръ*—стр. 329).

дарственнымъ на случай смерти завѣщателя, совершеннымъ на основаніи 522 ст. X т. 1 ч., право собственности переходитъ къ одаренному со смертью дарителя, а не съ момента записи, *почему* одаренный отвѣчаетъ за долги, оставшіеся послѣ дарителя“ [1]). И завѣщаніе, и дарственная запись одинаково суть акты безмезднаго отчужденія имуществъ; разницы между ними нѣтъ, когда дарятъ на случай смерти. Поэтому *невѣрное* истолкованіе мысли закона о переходѣ долговъ на *наслѣдника* по завѣщанію оказалось приложеннымъ къ обоимъ актамъ съ равнымъ правомъ—*и равною ошибочностью.*

**Историческое развитіе сущности завѣщанія въ законодательномъ періодѣ.**—Какъ формальная сторона духовныхъ завѣщаній, сущность ихъ въ законодательную эпоху приближалась въ вышеуказанному конечному пункту весьма постепенно [2]). Но, если взглянуть на историческое развитіе смысла и содержанія духовнаго завѣщанія по русскому праву съ точки зрѣнія редакціонной, то окажется, что трехчленная періодизація, примѣняемся къ изложенію развитія формъ и порядковъ завѣщанія, какъ-разъ подходитъ и ко второй половинѣ вопроса. Въ XVI и XVII вѣкахъ законы говорятъ только о переходѣ имуществъ по завѣщанію, главнымъ образомъ вотчинъ, поземельной собственности. Въ XVIII в. и до Положенія 1 Окт. 1831 года законы по частнымъ случаямъ продолжаютъ опредѣлять переходъ по завѣщанію вотчинъ, обратившихся въ недвижимость, какъ прежде, родовую и благопріобрѣтенную; въ тѣхъ же частныхъ указахъ формируется понятіе завѣщанія, какъ дарственнаго на случай смерти акта. Положеніе, Сводъ Законовъ, дѣйствующее законодательство, не переставая касаться отчужденія недвижимостей по завѣщанію, утверждаютъ въ общихъ правилахъ сформировавшееся понятіе завѣщанія; дается опредѣленіе завѣщанія.

**Смѣшеніе завѣщанія съ дареніемъ.**—Если таково было историческое развитіе завѣщаніе въ законодательномъ періодѣ, то становится замѣтной и ближайшая причина, почему въ это время завѣщаніе смѣшивалось съ дареніемъ, чего не было въ древности, до Судебниковъ:

---

[1]) К. р. 76 г. № 578 (*Гауеръ*—стр. 138; *Баровиковскій*—„Зак. Гражд.“ стр. 135).

[2]) По *Пахману*, „въ основаніи дѣйствующихъ законовъ лежатъ на самомъ дѣлѣ начала, принадлежащія болѣе или менѣе отдаленной эпохѣ“ (Ист. кодификаціи т. II стр. 154—155); въ отношеніи завѣщаній это невѣрно.

затрудненія съ вотчинами и формальностями поглотили все вниманіе законодательства; оно не успѣло во время высказаться о сущности завѣщанія и его отличіи отъ даренія, а когда это было сдѣлано, то, благодаря характеру матеріала, опредѣленіе дано неясное, въ связи со 2 ч. 991 ст. разграничивающее завѣщаніе и дареніе лишь *формально*, а не по главному признаку несходства [1]). Формальности все наростали и усложнялись, ограниченія завѣщательнаго перехода имуществъ измѣнялись немного, однако къ нашимъ днямъ нѣсколько уменьшились, во всякомъ случаѣ точнѣе опредѣлились, хотя далеко не исчезли: но древне-русское завѣщаніе, какъ актъ открытія универсальнаго наслѣдованія прогрессивно забывалось, а извѣстное даже въ глубокой древности отличіе завѣщанія отъ даренія быстро сглаживалось. Только Петръ Великій пробовалъ, но безуспѣшно, оживить умиравшее воззрѣніе.

Итакъ, съ древнѣйшихъ историческихъ временъ однимъ изъ основаній универсальнаго наслѣдованія и въ Россіи было духовное завѣщаніе. Въ почти полной неприкосновенности древне-русское завѣщаніе сохранилось до-нынѣ въ обычаяхъ простонародья. Духовное завѣщаніе по закону обособилось отъ древне-русскаго завѣщанія и, развѣтвившись относительно формъ и порядковъ, въ настоящее время по положительному праву есть не болѣе, какъ дарственный на случай смерти актъ, а по дѣйствующему (право постольку дѣйствуетъ, поскольку примѣняется) оно пріобрѣтаетъ древне-русское значеніе завѣщанія. Такимъ образомъ, между современнымъ положительнымъ правомъ и древнимъ обычнымъ или, что все равно, нынѣшнимъ простонароднымъ въ идеѣ завѣщанія (и во многихъ частностяхъ) [2]) существуетъ коренное несогласіе [3]). Народъ сберегъ древне-русское завѣщаніе,—законодательство его потеряло.

---

[1]) Главный признакъ несходства упущенъ изъ виду и комментаторомъ ст. 991, въ Ю. В. (см. выше); онъ останавливается преимущественно на „безповоротности“ даренія сравнительно съ завѣщаніемъ,—l. c. стр. 685 и слѣд.

[2]) См. у *Пахмана*—Обычное право, т. I стр. 314, 316, 319, 325, 324; также ср. стр. 330, 340.

[3]) *Азаревичъ* наоборотъ, находитъ, что возможно и тутъ подыскать „общую систему наслѣдованія“, („Свобода и ограниченіе духовныхъ завѣщаній“—l. c. стр. 67).